



Jurisprudencia
Demora de 5 años en el nombramiento de una funcionaria 11



Tribuna
La eficiencia en la información precontractual 12

sumario

- **Doctrina**
La extranjería en prisión. Las distintas medidas repatriativas en el ámbito penitenciario según la clase de extranjero
Esther MONTERO PÉREZ DE TUDELA 1
- **Jurisprudencia**
Funcionario de Extranjería que tramita expedientes sobre permisos de residencia y trabajo a cambio de dinero o favores sexuales 9
Consideración como crédito contra la masa o crédito concursal de las cuotas de la Seguridad Social devengadas tras la aprobación del convenio de acreedores posteriormente incumplido 10
No es responsable la Administración por la demora en el nombramiento de una funcionaria en algo más de 5 años 11
- **Tribuna**
La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia
Santi BALDERAS BLANCO 12

DOCTRINA

LA LEY 6583/2014

La extranjería en prisión. Las distintas medidas repatriativas en el ámbito penitenciario según la clase de extranjero

Esther MONTERO PÉREZ DE TUDELA

Jurista del Cuerpo Superior de Instituciones Penitenciarias

La situación de los extranjeros en las cárceles españolas no es homogénea, partiendo ya de hecho de que hay dos clases de internos extranjeros que son totalmente diferentes en atención a su situación jurídica y sobre quienes las medidas repatriativas que nuestro ordenamiento jurídico prevé deben de tener una diferente repercusión en los términos que pretendemos analizar en este artículo.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad se encuentran ingresadas en prisión 66.851 personas (1), de las cuales aproximadamente el 31 % son de origen extranjero. Las tres principales nacionalidades extranjeras más sobrerrepresentadas actualmente en las prisiones españolas son, en orden de importancia, la Marroquí, la rumana y la Colombiana. Los extranjeros de origen europeo representan aproximadamente el 20 % de la población extranjera en prisión, siendo el grupo mayoritario de origen rumano (2).

El enorme volumen de extranjeros en prisión, las dificultades para alcanzar el objetivo de reeducación y reinserción social establecido constitucionalmente para la Institución Penitenciaria en caso de extranjeros sin permiso de residencia o con expulsiones administrativas, y posiblemente, la situación actual de crisis económica, han dado lugar a la proliferación de las medidas repatriativas en el marco

del sistema jurídico español, esto es, al fomento y aumento del uso de las medidas tendentes a reintegrar y reubicar al extranjero en su país de origen.

Surgen así dos grupos de extranjeros claramente diferenciados en lo concerniente a la normativa de extranjería y a las medidas repatriativas:

De un lado, los europeos y «asimilados», donde se incluye a algunos de sus familiares ascendentes y descendentes de primer grado, parejas de hecho y cónyuges, que se encuentran bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

De otro lado, los extranjeros pertenecientes a terceros países de fuera de la UE, que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la LO 4/2000,



Tribunal Constitucional
la sentencia del día
El TC rechaza el recurso planteado por el Gobierno contra la Ley andaluza de incompatibilidades de los diputados autonómicos
Ponente: Narváez Rodríguez, Antonio 18

OPINIÓN

En la actualidad, los extranjeros representan aproximadamente un 31 % de la población penitenciaria en España. Dentro de este grupo diferenciamos dos tipos de extranjeros, aquellos a quienes se aplica el Régimen Comunitario, regulado en el RD 240/2007, y aquellos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la LO 4/2000 conocida como la Ley de Extranjería. Tanto en un caso como en otro, nos encontramos ante circunstancias en que la situación administrativa de estas personas dificulta enormemente la labor de reinserción social que la Constitución Española y Ley Orgánica General Penitenciaria atribuyen a las Instituciones Penitenciarias.

En efecto, todas aquellas personas extranjeras ingresadas en un centro penitenciario español que conforme a la normativa citada se encuentran bajo una orden de expulsión, o que por sus circunstancias no podrán optar a regularizar su situación administrativa tras la condena, ven frustradas sus expectativas de reinsertarse en la sociedad española, además de enfrentarse a muchas dificultades a la hora de acceder a ciertos beneficios penitenciarios orientados precisamente a la preparación de la vida en libertad.

Por consiguiente, en estos casos en los que sólo se hace posible la futura reinserción social en el país de origen, deben fomentarse el uso de las medidas repatriativas y todos los mecanismos expatriatorios existentes en nuestra normativa vigente, que como veremos, recoge un amplio elenco de posibilidades para cada caso.

Es labor por tanto de la Institución penitenciaria, una vez que el extranjero se encuentra en prisión cumpliendo condena, analizar y estudiar su situación penal-procesal-penitenciaria y administrativa, para promover en cada caso el uso de la medida repatriativa más adecuada y eficaz, y evitar, en la medida de lo posible, los retrasos y las dilaciones indebidas en el proceso de reinserción de este sector de la población penitenciaria extranjera, que por sus circunstancias, tendrá mayores posibilidades de obtener beneficios penitenciarios que conlleven un mayor grado de libertad en el lugar donde vaya a residir y donde vaya a tener lugar su verdadero proceso de reinserción.

de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, comúnmente conocida como la Ley de Extranjería.

Esta diferenciación determina, como veremos en este trabajo, que ser sea más adecuado y práctico el uso de una medida repatriativa u otra, dependiendo del marco legal de su aplicación, así como de otros factores, tales como la cuantía de la pena o la fase de cumplimiento de la condena.

II. GRUPOS DE EXTRANJEROS CLARAMENTE DIFERENCIADOS EN LO CONCERNIENTE A LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA Y A LAS MEDIDAS REPATRIATIVAS

1. El extranjero bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería

En el caso de los extranjeros encarcelados que se hallan bajo el ámbito de aplicación de la LO 4/2000 de Extranjería, es frecuente la expulsión administrativa. En efecto, se contempla como sanción en el Título III de la precitada ley, llamado «De las infracciones en materia de Extranjería y su régimen sancionador», la expulsión del territorio nacional, señalando el art. 57.1 y 2: 1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de

proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. 2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Sin ánimo de realizar un análisis detallado de las conductas tipificadas como infracciones administrativas muy graves (art. 54 LO 4/2000) y graves (art. 53 LO 4/2000) de la Ley de Extranjería, debemos destacar que según el art 53, citado en el art. 57.1, son infracciones graves: a) *Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente,* b) *Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida y c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración*

de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

Dado el perfil de los extranjeros en prisión (3), ya sólo en base al art. 57.1 LO 4/2000, no es de extrañar que una buena parte sea objeto de una orden de expulsión. En efecto, muchos de los extranjeros en prisión se hallan en situación irregular (4), bien porque nunca obtuvieron autorización de residencia (o estancia) bien porque ésta les caducó y no fue renovada. Otros tantos han trabajado en España sin haber obtenido autorización de trabajo y otros muchos, no tienen domicilio conocido o fijo. Téngase en cuenta, que vinculado, precisamente, a la situación de irregularidad de muchos de los integrantes de este sector de la población, numerosos extranjeros cometen precisamente delitos de falsedad documental (5).

De otro lado, el art. 57.2 de la citada de la LO 4/2000 hace referencia a la expulsión en caso de extranjeros condenados por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, lo que abarca a la inmensa mayoría (6) de la población penitenciaria, pues más del 70 % está condenado a penas superiores a tres años de prisión.

La expulsión administrativa se hace así cada vez más frecuente entre los extranjeros en prisión, utilizándose además en el caso contemplado en el art. 57.2 LO 4/2000 el pro-

cedimiento sancionador preferente. Señala el art. 234 Reglamento de extranjería, RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: *La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del art. 54.1, así como en las letras d) y f) del art. 53.1 y en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Asimismo, se tramitarán por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del art. 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Riesgo de incomparecencia, b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos y c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.*

En este tipo de procedimientos preferentes —art. 235 RD 557/2011— en la misma notificación del acuerdo de iniciación se advierte al interno que de no efectuar alegaciones sobre el contenido del acuerdo en cuarenta y ocho horas, dicho acuerdo será considerado como propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver. El plazo expira para la gran mayoría de los internos sin poder alegar. El desconocimiento de nuestra normativa de extranjería y en ocasiones las barreras lingüísticas y el bajo nivel educativo, provocan que el interno recurra a los miembros de su equipo técnico del centro penitenciario para pedir asesoramiento, en concreto a los juristas; sólo el tiempo que se emplea en remitir la instancia del interno solicitando entrevista con algún miembro de su Equipo Técnico y que ésta llegue al profesional adecuado sobrepasa el plazo de alegación.

De otro lado, estas personas se hallan privadas de libertad, por lo que la gran mayoría de los internos extranjeros no logran reunir la documentación necesaria a efectos de poder probar algún tipo de vinculación social. Ya en libertad, cuarenta y ocho horas podría considerarse un plazo breve, pero para las personas privadas de libertad deviene un plazo imposible de cumplir a la hora realizar alegaciones y recabar documentación. Piénsese además que la situación económica de los extranjeros en prisión suele ser precaria (7), muchos no tienen abogados y hacen uso de abogados de oficio, con quienes apenas tienen contacto.

En todos los casos en lo que media una expulsión administrativa, lógicamente, las posibilidades de inserción del interno extranjero disminuyen (8); constituyendo además el hecho de que el interno tenga una orden administrativa de expulsión un factor que au-

menta el riesgo de fuga, lo que provoca un descenso en las probabilidades de obtener permisos de salida. Lo que desde el punto de vista teleológico de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP) es lógico, dado que los permisos (art. 47 LOGP) son para preparar la vida en libertad, un instrumento de inserción que en el caso de personas que no van a reinsertarse en nuestra sociedad pierde su virtualidad. Además, según datos proporcionados por Instituciones penitenciarias en un estudio realizado sobre los «no reingresos de permisos», esto es, las personas que tras haber salido de prisión para disfrutar un permiso de salida no han reingresado a la institución, la mayoría resultaron ser extranjeros con orden de expulsión y falta de vinculación (9).

Así, en caso de extranjeros que se encuentran expulsados administrativamente, y cuyo proceso de inserción, por tanto, no tiene virtualidad en España —pues no podrán residir legalmente en España—, lo más práctico y lógico es recurrir a alguna de las medidas repatriativas vigentes, esto es, a la sustitución del resto de la condena por la expulsión judicial, establecida en el art. 89 CP, a la libertad condicional en el país de origen, prevista en el art. 197 Reglamento Penitenciario (en adelante RP) o al traslado de personas condenadas.

2. El extranjero bajo el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 que regula el régimen comunitario

El RD 240/2007 regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 1).

Además, este real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan (art. 2):

- a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal**.
- b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Es-

tado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, que **impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado**, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

- c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal**, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.

- d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o **separación legal**, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

En el caso de europeos, caben en general, aunque con ciertas especificidades, las mismas medidas repatriativas que en caso de internos de terceros países, si bien, no se contempla, como veremos, la sustitución de la pena por la expulsión judicial contemplada en el art. 89 CP, pues el concepto de «extranjero no residente legalmente en España» no engloba, como señala FERNÁNDEZ ARÉVALO (2010), a los ciudadanos de la UE y asimilados.

III. LAS MEDIDAS REPATRIATIVAS EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO SEGÚN LA CLASE DE EXTRANJERO

1. Para el extranjero bajo el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería

A) La expulsión judicial del artículo 89 CP

En caso de extranjeros no residentes legalmente en España la expulsión judicial puede acordarse por el Juez o Tribunal desde el momento en que se dicta sentencia, así, señala el art. 89.1 CP: *Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.*

También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del

penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas».

Puede darse el caso, como sucede a menudo, que el extranjero sea residente legal en el momento de ser sentenciado y tras haber sido condenado por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año (como establece el art. 57.2 LO 4/2000) devenga objeto de una orden de expulsión; o igualmente, que a pesar de no ser residente legal en el momento de ser condenado el Juez acuerde el cumplimiento de la condena en España, como se señala en algunos fallos, por motivos de prevención general y especial. En estos casos, una vez que llega al centro penitenciario la resolución de expulsión administrativa, se procede a solicitar la sustitución del resto de la condena por la expulsión, que se dirige al Juez o Tribunal sentenciador.

Cabe señalar a este respecto, que la posibilidad recogida en el último inciso del art. 89 CP, esto es, el poder acordar «la expulsión en *auto motivado posterior*, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas» es una opción introducida por la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el día 23 de diciembre de 2010, por lo que en caso de ser condenado el extranjero por hechos cometidos antes de la precitada reforma, se requerirá el consentimiento del penado para solicitar la sustitución del resto de la condena pendiente por la expulsión judicial (10).

Añade el art. 89.2 CP que *el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado*.

La expulsión (art. 89.3 CP) *llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*.

Naturalmente, en caso de regresar el extranjero a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, señala el art. 89.4, cumplirá las penas que fueron sustituidas. En caso de ser sorprendido en la frontera el extranjero (art. 89.4 CP) *será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad*.

El apartado 5 del art. 89 CP contempla otra posibilidad más de expulsión judicial, acordada en sentencia o durante la ejecución de la condena, aplicable en este caso a todo tipo de penas, sean o no inferiores a 6 años, límite que sin embargo sí establece el art. 89.1 CP. Señala así el art. 89.5 que *los jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa*

audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España. Se trata en estos casos de un tercer grado, podríamos decir, «instrumental», pues no se trata de un tercer grado penitenciario acordado con la intención de que el interno pase a tener un régimen de vida en semilibertad en un Centro de Inserción Social, sino un tercer grado acordado con el objetivo de poder sustituir la condena que quede por cumplir por la expulsión del territorio español; eso sí, en ambos casos se persigue la misma finalidad, la reinserción de la persona extranjera, que dadas sus circunstancias administrativas, sólo puede tener lugar en su país de origen.

La posibilidad de expulsión judicial para un extranjero no residente legalmente en España, queda por tanto estructurada, en relación a la condena impuesta, de la siguiente manera:

— Para las penas privativas de libertad inferiores a seis años la sustitución por la expulsión puede ser realizada desde el inicio, es decir, en sentencia, en *auto posterior* durante la ejecución de la condena (en cualquier momento), al acceder al tercer grado penitenciario o al cumplir las tres cuartas partes de la condena.

— Para las penas privativas de libertad iguales o superiores a seis años, la sustitución por la expulsión puede ser realizada al acceder al 3.º grado penitenciario o al cumplir las 3/4 partes de la condena.

Añade el art. 89.6 CP que *cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del art. 88 de este Código*.

Finalmente, establece el apartado 7 del art. 89 CP que *las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de apli-*

cación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 313 y 318 bis de este Código, esto es, que no serán de aplicación a los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y delitos de tráfico ilegal de personas (inmigración clandestina), conocidos como «delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros».

Cabe señalar que si el objetivo de las medidas repatriativas en el ámbito de prisiones es la reubicación del interno extranjero en su país de origen en aras de fomentar y facilitar su reinserción social, la posibilidad acordada en el art. 89.5 CP, de proceder a acordar la sustitución del resto de la condena por la expulsión judicial al acceso al tercer grado penitenciario o al cumplir las tres cuartas partes de la condena, pierde pragmatismo en caso de contar con el consentimiento del interno, pues en este caso podría también aplicarse el art. 197 RP, modalidad de 3.º grado que acuerda el cumplimiento de la libertad condicional en el país de origen (a los 2/3 o a las 3/4 partes de la condena), y que suele ser de fácil y rápida tramitación puesto que lo concede directamente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (al tratarse en puridad de una modalidad de libertad condicional).

B) La libertad condicional en el país de origen para extranjeros no residentes legalmente en España: artículo 197 RP

Señala el art. 197 RP: *1. En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna. 2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas*.

En caso de extranjeros de países ajenos a la UE, con orden de expulsión administrativa, que no se encuentren bajo el ámbito de aplicación del

RD 240/2007, esta medida tiene en la práctica los mismos efectos que la ejecución de la orden de expulsión, pues el extranjero es reintegrado a su país de origen, durante el cumplimiento de la condena no puede abandonar el país de origen, y normalmente las órdenes de expulsión van acompañadas de una prohibición de entrada en España de varios años.

La única desventaja es que debe contarse con el consentimiento del interno, si bien, en caso de internos con expulsión administrativa, una vez que toman conciencia de que serán expulsados al finalizar la condena, cada vez con más frecuencia tienden a solicitar esta modalidad de libertad condicional.

La ventaja es la rapidez de esta medida, pues propuesto y resuelto el 3.º grado penitenciario en la modalidad del art. 197 RP, se incoa y eleva el expediente de libertad condicional al Juzgado de Vigilancia, quien es el competente para autorizarla, y de otro lado, que esta medida puede adoptarse desde los dos tercios de la condena, e incluso antes.

En efecto, el art. 91 CP permite adelantar la libertad condicional a los 2/3, cuando el interno haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, e incluso sobre este plazo, adelantarla, a partir de la mitad de la condena, a razón de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, cuando el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación.

Naturalmente, dado que se trata de una libertad condicional el interno debe cumplir los requisitos establecidos legalmente para acceder a la misma establecidos en el art. 90 CP, esto es, que además de encontrarse en tercer grado de tratamiento penitenciario y haya extinguido los periodos de condena señalados en cada caso, que haya observado buena conducta, y exista, respecto del penado, un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.

C) El traslado de personas condenadas en caso de extranjeros pertenecientes a «terceros países»

Por último, en caso de extranjeros ajenos a la UE, cabe la posibilidad de solicitar el cumplimiento de la condena en su país de origen, siempre que exista un tratado firmado entre el país en cuestión y España que permita esta posibilidad. Se trata de un procedimiento que permite que una persona que ha cometido un delito en un país distinto al suyo de origen o de residencia y que ha sido condenado a una pena privativa de libertad, pueda solicitar el traslado a su país de origen o residencia para



terminar de cumplir su condena en dicho país (11). Se requiere así poseer la nacionalidad del Estado al que se solicita el traslado, o, en determinados casos (Bélgica, Dinamarca, España, Italia e Islandia), poseer la residencia.

Además de los múltiples Estados que se han adherido al Convenio de Estrasburgo de 1983, de Traslado de personas condenadas, actualmente España mantiene acuerdos bilaterales con 28 estados, en aras de fomentar el cumplimiento de la condena en el país de origen.

Los requisitos generales para efectuar el traslado, con independencia del país de origen y sin entrar en detalles, pues más adelante analizaremos los requisitos establecidos en el Convenio de Estrasburgo, son: la solicitud del interesado, que la sentencia sea firme, ser nacional del país de cumplimiento o bien ser residente en el mismo (en los casos de países que admitan tal posibilidad), que en el momento de presentar la solicitud resten al menos seis meses o un año—dependiendo de los convenios— para finalizar el cumplimiento de la condena, y que el solicitante no esté sujeto a otras causas penales.

Se trata en conclusión de un procedimiento que se inicia a instancias del interesado y que requiere la concurrencia de tres voluntades, la del solicitante, la del país de condena y la del país de cumplimiento. Cabe la posibilidad de que el procedimiento se inicie a petición de un familiar del penado, en cuyo caso se requerirá posteriormente la conformidad del interesado.

Cabe señalar, que esta medida repatriativa es la menos utilizada, dada la complejidad de los procedimientos establecidos, que como

veremos, por su propia naturaleza, requieren de mucho tiempo y múltiples trámites administrativos (12).

2. Para el extranjero bajo el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007 que regula el régimen comunitario

A) La expulsión gubernativa del artículo 15 Real Decreto 240/2007

Sólo por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas contempladas en el art. 15 del RD 240/2007 en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia, que son:

- a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el art. 4 del presente real decreto.
- b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.
- c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residen-

cia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen (art. 15 RD 240/2007).

El procedimiento de traslado conlleva el intercambio de grandes volúmenes de información y documentación justificativa, no estando actualmente establecidos los plazos al efecto

La continuidad de la residencia referida en el RD 240/2007 se verá interrumpida por cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado (art. 15.3). Además, en los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública (art. 15.4).

Señala el art. 15.5 del citado real decreto que la adopción de una de las previstas medidas contempladas en este artículo atenderá a los siguientes criterios:

- a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.
- b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.
- c) No podrá ser adoptada con fines económicos.
- d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y

que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

Por último, señala el art. 15.6 RD 240/2007 que no podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:

- a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o
- b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador.

Como hemos señalado con anterioridad, la existencia de una orden de expulsión tiene efectos negativos en el ámbito penitenciario, pues se ve frustrado de cierta manera el fin de la reinserción en nuestra sociedad, limitando así el acceso a los beneficios penitenciarios, entre otros motivos, además de por la pérdida del objetivo teleológico que fundamentan los permisos de salida (la preparación para la vida en libertad, en este caso, en la sociedad española) por el incremento del riesgo de fuga y de quebrantamiento.

De otro lado, si en el caso de los extranjeros que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley de extranjería (LO 4/2000) tendemos, al recaer una orden de expulsión administrativa, a solicitar al Juez o Tribunal sentenciador la sustitución de la condena privativa de libertad por la expulsión judicial, en el caso de los extranjeros bajo el régimen comunitario esta opción no tiene cabida.

Como explica FERNÁNDEZ ARÉVALO (13), el extranjero que se encuentra bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007 no puede considerarse extranjero no residente legalmente a los efectos del art 89 CP, por dos razones, de un lado, su derecho a la elección de residencia, atendiendo a la normativa y jurisprudencia comunitaria, y de otro, por su falta de sentido práctico y efectivo, ya que no se garantiza la *inocuidad* del delincuente, derivada de la imposibilidad de regreso del reo.

Por tanto, en estos casos, sólo nos cabe el recurso a la libertad condicional en el país de origen (art. 197 RP) o al traslado de personas condenadas (Convenio de Estrasburgo de 1983).

B) La libertad condicional en el país de origen para internos comunitarios del artículo 197 RP

Como hemos visto anteriormente, esta opción de disfrutar la libertad condicional en el país de origen (art. 197.1 RP *supra* punto 2.2), es aplicable tanto en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España como en el de españoles residentes en el extranjero.

Es aceptado hoy en la doctrina, que aunque no lo indique expresamente el art. 197 RP, este artículo se extiende igualmente al disfrute de la libertad condicional en su país de origen de los ciudadanos de la Unión Europea que cumplen condena de prisión en España. Como señala BARAS GONZÁLEZ: *no tiene razón jurídica alguna el que dicha norma pueda aplicarse a los españoles no residentes en España y que se excluya exclusivamente su aplicación a los ciudadanos de un país de la Unión Europea no residentes en España, sólo por el hecho de que, a diferencia de los no europeos, puedan circular sin limitación ninguna por territorio español»* (pág. 69). *Se equipararía en este caso el extranjero «europeo o asimilado» al «español residente en el extranjero», pues «si se da la posibilidad de que un español pueda cumplir su libertad condicional en su país de residencia, en el estado actual del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sería discriminatorio el no hacer la misma aplicación a los ciudadanos de la UE que cumplan condena en España, y que cumplan la libertad condicional en su país de residencia, especialmente, si es un Estado miembro de la Unión, ya que existen mecanismos jurídicos suficientes, en base a la cooperación judicial penal y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (BARAS GONZÁLEZ, 2012, pág. 69) (14).

La libre circulación de personas en la Unión, los principios de igualdad y no discriminación contemplados en la Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 45, 20 y 21 CDFUE), así como otros tantos preceptos recogidos en el Tratado de Lisboa, explican y justifican esta interpretación extensiva del art. 197 que debe ser aplicado a los ciudadanos europeos y aquellos «asimilados» que se hallan bajo el ámbito de aplicación del RD 240/2007, en las mismas circunstancias que a un español residente en otro país.

Si bien, el hecho de que no haya fronteras dentro de la UE, y por tanto, que a efectos prácticos, no pueda asegurarse el no regreso del reo, si hace que existan algunas diferencias en la aplicación de este art. 197 en el caso de europeos con respecto a los extranjeros que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley de extranjería (LO 4/2000). En efecto, en estos casos, salvando las diferencias existentes en el *modus operandi* de cada Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, por norma general, sí se exigen mayores garantías

en cuanto al seguimiento del liberado condicional, solicitándose en este caso, que en el Plan de seguimiento del liberado condicional, que forma parte del expediente de libertad condicional, contemplado en el art. 195 RP, se contengan efectivamente algunas medidas de seguimiento, como por ejemplo, firmar cada cierto número de días en el consulado o embajada española del país donde se va a disfrutar la libertad condicional.

Al igual que en el caso de los extranjeros no comunitarios, la libertad condicional en el país de origen para aquellos extranjeros que se encuentren bajo el ámbito de aplicación del régimen comunitario, que deseen solicitarla y cumplan los requisitos exigidos para acceder a la libertad condicional (recogidos en el art. 90 CP), es una medida generalmente fácil y rápida de adoptar, pues como ya señalamos anteriormente, puede adoptarse desde los 2/3, o incluso antes, del cumplimiento de la condena y se aprueba por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

C) El traslado de personas condenadas: el Convenio de Estrasburgo de 1983

En la actualidad, 64 Estados han firmado y ratificado el Convenio sobre el traslado de personas condenadas, firmado en Estrasburgo en 1983. Como ya hemos señalado, se trata de un procedimiento por el cual se permite que una persona que cumple condena en un país del que no es nacional (o residente) pueda solicitar el traslado a su país de origen (o residencia) para cumplir condena (15). En el ámbito de la UE, se permite solicitar el traslado de personas condenadas no sólo al país del que se es nacional sino también al país del que se es residente, siempre que se trate de uno de los estados que hayan firmado el Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas. Bruselas, 25 de mayo de 1987. En estos momentos los países que aplican este Acuerdo son: Bélgica, Dinamarca, España, Italia e Islandia.

Señala el art. 3 del Convenio que un traslado sólo podrá llevarse a cabo en las siguientes condiciones:

- a) el condenado deberá ser nacional del Estado de cumplimiento;
- b) la sentencia deberá ser firme;
- c) la duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada;
- d) el condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico

mental uno de los dos Estados así lo estimare necesario, deberá consentir el traslado;

e) los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirán si se cometieran en su territorio; y

f) el Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo en ese traslado.

El procedimiento de traslado conlleva el intercambio de grandes volúmenes de información y documentación justificativa, no estando actualmente establecidos en el Convenio los plazos al efecto. Esto provoca que los procedimientos de traslado puedan llegar a tener una duración muy prolongada, no pudiendo (dadas las diferencias entre unos casos y otros) proporcionar una media de tiempo al respecto, pues la duración puede ser desde unos meses hasta años.

Pueden seguirse dos tipos de procedimiento en cuanto al cumplimiento de la condena en el país de origen: la prosecución del cumplimiento (que es la norma general) o la conversión de la condena. En el caso de prosecución del cumplimiento (art. 10 del Convenio), el Estado de cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena. En el caso de conversión de la condena se aplicará el procedimiento previsto por la legislación del Estado de cumplimiento, siguiendo las indicaciones y limitaciones establecidas en el art. 11 del Convenio.

Dadas las actuales recomendaciones y directrices a nivel europeo en cuanto al tratamiento de internos extranjeros, orientadas hacia la reinserción efectiva del recluso (16), esta medida sería la más adecuada en el caso de internos europeos, pues permite la reinserción social del interno en su entorno. En efecto, en todos aquellos casos en los que

existe expulsión administrativa (conforme al art. 15 RD 240/2007) o en aquellos casos en los que no existe vinculación o arraigo en España, esta medida repatriativa sería la más adecuada, pudiendo solicitarse por el propio interno desde el inicio del cumplimiento de la condena. Piénsese, que dado que no cabe la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión judicial en el caso de extranjeros comunitarios y que la libertad condicional sólo tiene lugar en la fase final de cumplimiento de la condena, para aquellos internos europeos o «asimilados» cuya reinserción social vaya a tener lugar en el país de origen, ésta sería la única medida repatriativa que permitiría preparar e iniciar con una mayor antelación el complejo proceso de reinserción social del interno, que se encontraría, efectuado el traslado, en el país donde va a producirse su resocialización.

Este procedimiento se verá próximamente fomentado por la implantación en nuestro ordenamiento jurídico la Decisión Marco 2008/909/JHA (DM 909), del Consejo de Ministros, que prevé en determinados casos, como por ejemplo, en caso de existir una orden administrativa de expulsión, el traslado de personas condenadas sin su consentimiento.

BIBLIOGRAFÍA

— *Anuario estadístico del Ministerio del Interior* (en línea), Madrid, Ministerio del Interior, 2012. Disponible en: http://www.interior.gob.es/documents/642317/1203602/Anuario_estadistico_2012_126130322.pdf/ce477d26-b8dd-4101-a959-66fb2685ec11.

— BARAS GONZÁLEZ, Marcos, *El espacio penitenciario europeo*, Premio Victoria Kent año 2012, Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2012. Disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Espacio_Penitenciario_Premio_VK_2012_Web.pdf.



— CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación CM/Rec (2012)12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a los internos extranjeros (adoptada el 10 de octubre de 2012, en la 1152.ª Reunión de Delegados de los Ministros)*, Disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/legislacion/RECOMENDACION_EXTRANJEROS.pdf.

— *Extranjeros en centros penitenciarios*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Justicia y Sociedad, 2012, núm. 35.

— FERNÁNDEZ ARÉVALO, Luis, «Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010 (I)», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 24, 2010, págs. 11-36.

— GARCÍA GARCÍA, Julián, «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», en *Congrés Penitenciari Internacional: La funció social de la política penitenciària (Barcelona 2006)*. Disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIU/doc_35992255_1.pdf.

— *Informe general 2012 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias*, Madrid, 2013. Disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Informe_General_2012_acc_Web.pdf [consulta: 19 de julio de 2014].

— MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther, *La délinquance des étrangers: criminalité, récidive et les facteurs influençant le retour en prison*, dirigida por Marcelo Aebi, tesis doctoral inédita, Universidad de Lausanne en Suiza, Escuela de Ciencias Criminales, 2008.

— *La criminalidad de los extranjeros, origen de la delincuencia y reincidencia. Repercusiones en las políticas criminales y penitenciarias: Recomendaciones*, informe inédito, Investigación para Secretaría General de Instituciones penitenciarias, Madrid, 2010.

— NISTAL BURÓN, Javier, «Inserción social de los reclusos extranjeros», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 31 (3), 2012.

— «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del Código Penal», *Diario LA LEY*, núm. 8207, 2013.

— «Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario», *Diario LA LEY*, núm. 8143, 2013.

— «El traslado de personas condenadas del país de condena al país de cumplimiento. Aspectos penitenciarios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2013, págs. 159 a 174.

— *UN and EU recommendations on the treatment of foreigners in prison*, Tilburg University (The Netherlands) and International Commission for Catholic Prison Pastoral Care, 2010. Disponible en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/PCPP%20documents%202010/ICPPC_report_on_foreign_prisoners_english.pdf.

— UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, Vienna, 2012 (Criminal Justice Handbook Series). Disponible en: http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/2011-88322_ebook.pdf.

— YAGÜE OLMOS, Concepción, «Perfil del ciudadano extranjero en el sistema penitenciario español y examen especial de la mujer reclusa extranjera», en *Curso de la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial: Tratamiento penal de la extranjería. Extranjeros y centros penitenciarios*, Madrid, 8, 9 y 10 de marzo de 2010. ■

NOTAS

(1) Datos actualizados a mayo de 2014. Datos estadísticos disponibles en la página Web de Instituciones Penitenciarias: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>.

(2) En efecto, actualmente, cerca de 2.000 personas son de nacionalidad rumana en las prisiones españolas.

(3) Véase a este respecto MONTERO PÉREZ DE TUDELA (2010 y 2008), YAGÜE OLMOS (2010), GARCÍA GARCÍA (2006), en *Extranjeros en centros Penitenciarios, 2012 (Justicia y Sociedad, núm. 35)*.

(4) En un estudio realizado en prisiones en 2010 (MONTERO PÉREZ DE TUDELA, 2010) sobre una muestra de 204 extranjeros entrevistados, aproximadamente el 40 % estaba en situación irregular.

(5) Sólo en 2012, entre las detenciones e imputaciones realizadas por la policía a «extranjeros», 6693 fueron por falsedad documental, en total, el 58 % de las detenciones e imputaciones por falsedad documental realizadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fueron realizadas a personas extranjeras Datos extraídos del Anuario Estadístico del Ministerio del Interior de 2012.

(6) Véase en el Informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias de 2012, donde se observa que más del 70 % de la población

penitenciaria está condenada a penas de más de 3 años, y un 27'8 % a penas de entre 3 meses y 3 años.

(7) Véase nota al pie de página núm. 2.

(8) NISTAL BURÓN, Javier, «La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria», *Diario LA LEY*, núm. 1917, de 6 de septiembre de 2012, año XXXIII (LA LEY 8243/2012).

(9) En concreto de 114 extranjeros «no regresados», 58 tenían orden de expulsión.

(10) Vid., a este respecto NISTAL BURÓN, Javier, «El alcance en materia de expulsión judicial de la proyectada reforma del Código Penal», *Diario LA LEY*, núm. 8207, de 9 de diciembre de 2013, año XXXIV (LA LEY 8894/2013).

(11) NISTAL BURÓN, Javier, «Los fines de la política criminal y su vinculación con la política de extranjería en la reforma proyectada del Código Penal. Su incidencia en el ámbito penitenciario», *Diario LA LEY*, núm. 8143, Sección Doctrina, de 6 de septiembre de 2013, año XXXIV (LA LEY 4874/2013)

(12) En el año 2013, se ejecutaron en total 190 traslados de personas condenadas de todas las nacionalidades, siendo el número de solicitudes ese mismo año 495. Datos proporcionados por Cooperación Jurídica Internacional, Área de Traslado de personas condenadas. Los 190

traslados ejecutados en el año 2013 responden a solicitudes efectuadas en 2013 o en años anteriores.

(13) FERNANDEZ ARÉVALO, Luis, *Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010 (I)*, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 24, 2010, págs. 11 a 36.

(14) BARAS GONZÁLEZ, Marcos, *Espacio penitenciario europeo. Premio Victoria Kent año 2012*, Ministerio del Interior: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2012.

(15) NISTAL BURÓN, Javier, «El traslado de personas condenadas del país de condena al país de cumplimiento. Aspectos penitenciarios», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2013, parte Estudio, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

(16) Véase a este respecto la Recomendación CM/Rec(2012)12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros, relativa a los internos extranjeros (adoptada por el Comité de Ministros el 10 de octubre de 2012, en la 1152.ª Reunión de Delegados de los Ministros) y el Manual «Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons» del Departamento de Drogas y Crimen de Naciones Unidas (United Nations Office on Drugs and Crime), de Naciones Unidas, 2012; véase igualmente «UN and EU Recommendations on the Treatment of Foreigners in Prison» de la Universidad de Tilburg y la Comisión Internacional de la Pastoral Católica Penitenciaria.

Audiencia Provincial

AP Huelva, Secc. 1.ª, S 62/2014, de 6 Mar.

Ponente: García García, Santiago

LA LEY 73774/2014

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es



Funcionario de Extranjería que tramita expedientes sobre permisos de residencia y trabajo a cambio de dinero o favores sexuales

Actos administrativos irregulares con abuso de funciones cometido por el funcionario determinante de dos delitos de cohecho, otros dos de solicitud sexual y otro de abusos sexuales agravado por penetración bucal, en concurso real.

El acusado prestaba sus servicios como funcionario de empleo, con categoría de auxiliar administrativo, en la Oficina Única de Extranjería dependiente de la Subdelegación de Gobierno en Huelva, donde estaba a cargo de la tramitación de expedientes relativos a solicitudes de ciudadanos extranjeros sobre permisos de residencia y trabajo, atención al público y confección material de propuestas de resolución administrativa.

Consta probado que por la realización de las labores propias de su función en el trámite de estas peticiones, su agilización y resolución, cobró de un empresario que presentó diversas solicitudes relativas a ciudadanos chinos la cantidad de 8.000 euros y de otra empresaria 5.000 euros. Dichos expedientes se tramitaban hasta terminar con resolución favorable que el acusado elaboraba personalmente y elevaba para su firma. Dado el elevado volumen de trabajo que pesaba sobre la unidad administrativa, frecuentemente su superior lo firmaba sin supervisar el trámite, confiando en que él había observado el cumplimiento de todos los requisitos necesarios.

La Audiencia ha calificado estos hechos como constitutivos de un delito continuado de cohecho de funcionario público de los arts. 420 y 74 CP, y de dos delitos de cohecho de particulares del art. 423.2.º CP en redacción anterior a LO 5/2010. Se han acreditado irregularidades que hacen contrarias a derecho o injustas las resoluciones, por lo que no es posible su incardinación en el art. 425 CP. El acusado percibió el dinero a cambio de obviar o simular ciertos trámites e incluso ignorarlos, y obtener una resolución favorable mediante su propuesta material en tal sentido.

También consta probado que se valió de su condición de funcionario para requerir favores sexuales de diversas ciudadanas de otros países necesitadas de regularizar su estancia en España, o la de sus familiares, logrando mantener relaciones sexuales de este modo con una ciudadana colombiana que accedió a practicarle una felación sin otra motivación que obtener la regularización de su hijo en España.

Por ello, el acusado también es condenado por dos delitos de solicitud sexual por funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas del art. 443 CP y otro de abusos sexuales agravado por acceso carnal de los arts. 181.1 y 3 y 182.1 en redacción anterior a LO 5/2010.

Los acometimientos sexuales con la víctima no son en ningún caso violentos o con intimidación, o rechazados abiertamente. Sí que son viciadamente obtenidos de quien no presta su consentimiento válidamente, dadas las circunstancias y su interés en obtener a todo trance una resolución favorable de la regularización gubernativa que se encontraba pendiente. No obstante, el prevalimiento tenido en cuenta para considerar viciado el consentimiento no puede ser constituir otra vez una circunstancia agravatoria de la infracción, porque su valoración ya forma parte de sus elementos integrantes.

Por otro lado, el delito contra la libertad sexual no puede aplicarse en subsunción o consunción con el de solicitud sexual, habida cuenta que ambos protegen un bien jurídico distinto, siendo además que la acción típica del segundo se cumple con la mera solicitud, sin que sea necesario que esa relación efectivamente se mantenga. Si el acto sexual tuviera lugar —argumenta la Sala— existiría un concurso real como claramente se expresa en el art. 444 CP en el que se dispone que las penas previstas en los dos artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos, sin que ello implique, como se pretende por la defensa, valorar dos veces una misma circunstancia ni vulneración del principio ne bis in idem.

Las penas impuestas finalmente al principal acusado, teniendo en cuenta la apreciación por el tribunal de una atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada, son las de seis meses de prisión por cada uno de los dos delitos de solicitud sexual, otros dos años de prisión por el delito de abusos sexuales y finalmente otro año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público por dos años y once meses por el delito de cohecho.

A los dos empresarios les son impuestos cuatro meses de prisión a cada uno por el delito de cohecho cometido por particular.

Tribunal Supremo

TS Sala Primera, de lo Civil, S 342/2014, de 24 Jun.

Ponente: Sarazá Jimena, Rafael

LA LEY 74490/2014

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Consideración como crédito contra la masa o crédito concursal de las cuotas de la Seguridad Social devengadas tras la aprobación del convenio de acreedores posteriormente incumplido

Interpretación de la disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la L 38/2011, de reforma de la Ley Concursal. El informe al que alude dicha norma, cuya presentación antes o después de la entrada en vigor de la L 38/2011 determina la aplicación de una u otra redacción del art. 84.2.5.º LC, es el previsto en el art. 74 LC, no el actualizado del art. 180.

La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) promovió incidente concursal para que se conceptuara como crédito contra la masa el que ostentaba contra la concursada por cuotas generadas después de la aprobación judicial del convenio de acreedores, crédito que la administración concursal (AC) había clasificado como concursal.

Los antecedentes de hecho son los siguientes: declarado el concurso, la AC presentó el informe previsto en el art. 74 de la Ley Concursal (LC) antes de la entrada en vigor de la L 38/2011, de 10 de octubre, y una vez aprobado el convenio de acreedores, el juzgado lo declaró incumplido y acordó la apertura de la fase de liquidación. Posteriormente, tras la entrada en vigor de la L 38/2011, la AC actualizó el inventario y la lista de acreedores del modo previsto en el art. 180 LC, clasificando los créditos de la TGSS como concursales.

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda pues consideraron, con base en lo previsto en la disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la L 38/2011, que no era aplicable la redacción que al art. 84.2.5.º LC había dado la referida Ley.

El Tribunal Supremo confirma este pronunciamiento.

La cuestión planteada es qué interpretación debe darse a la citada disposición transitoria.

Esta norma establece que «Los artículos 49, 84 —salvo los nuevos apartados 3, 4 y 5—, 86.2, 3 y 4, 90.1, 91, números 1.º, 3.º, 5.º, 6.º y 7.º, 92, números 1.º, 3.º y 5.º, 93.2.3.º y 94.4 de la Ley Concursal, modificados por esta ley, a los efectos de la clasificación



de los créditos afectados, así como a efectos procedimentales lo dispuesto en los artículos 94.4, 95.1 y 96.4 y 5 de la Ley Concursal, modificados por esta ley, se aplicarán a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. A tal fin, y para dichos procedimientos, la entrada en vigor de esta ley, constituye circunstancia extraordinaria que posibilita la ampliación judicial del plazo previsto para la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal».

Si el informe al que hace referencia esta norma, atribuyendo a su presentación el carácter de hito determinante de la aplicación de una u otra redacción del art. 84.2.5.º LC, fuera el previsto en el art. 74 LC, habría de aplicarse la redacción anterior, según la cual eran créditos contra la masa los generados tras la declaración de concurso «hasta que el juez apruebe un convenio», pero si fuera la actualización prevista en el art. 180 LC, habría de ser la nueva redacción dada por la Ley 38/2011, que suprimió ese inciso.

No hay controversia entre las partes en que si fuera aplicable la anterior redacción, el crédito generado a favor de la TGSS sería un crédito concursal, y si fuera la redacción posterior, un crédito contra la masa.

Pues bien, la Sala considera que la interpretación que la Audiencia realizó de la disposición transitoria cuarta, apartado 2, de la L 38/2011 es correcta ya que la mención a «la emisión de informe en los términos de lo señalado en el artículo 74 de la Ley Concursal» que se contiene en el último inciso del precepto enlaza con la primera parte del mismo mediante la locución «a tal fin», de modo que resulta claro que la aplicación de la nueva redacción del art. 84.2.5.º LC «a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal» lo será a aquellos en que no haya sido emitido el informe de la AC «en los términos de lo señalado en el art. 74 de la Ley Concursal», no la actualización de tal informe prevista en el art. 180 LC.

Tribunal Superior de Justicia

TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, S 30 Oct. 2013.

Ponente: Villafañez Gallego, Rafael

LA LEY 256944/2013

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

No es responsable la Administración por la demora en el nombramiento de una funcionaria en algo más de 5 años

La interpretación efectuada por el tribunal calificador de las bases de la convocatoria que fue objeto de debate judicial justifica el retraso en el nombramiento de la funcionaria, por el que no debe ser indemnizada.

No se aprecia antijuridicidad en la responsabilidad que pretende imputarse a la Diputación Foral por los daños y perjuicios derivados de la calificación del tribunal calificador en un proceso selectivo convocado para la provisión de una plaza de psicólogo. No siendo claras las bases de la convocatoria en cuanto a la valoración de la experiencia en el desempeño de puestos de trabajo similares a las funciones a desempeñar, al no precisar qué clase de trabajos podían considerarse iguales, similares o ninguna de las dos cosas, el tribunal calificador realizó una determinada valoración, que no fue ni irrazonable ni arbitraria.

La valoración como mérito de la experiencia en el desempeño de puestos de trabajo, distinguiendo a efectos de puntuación entre iguales y similares, hace recaer sobre la aspirante la carga de probar el irrazonable actuar de la Administración en la aplicación de aquellos conceptos jurídicos indeterminados, sin que se pueda asociar la adjetivación de la antijuridicidad solo al hecho de no



haber procedido a la adjudicación de la plaza. Efectivamente existió un retraso en el nombramiento, pero fue consecuencia de la aplicación de un criterio por el tribunal calificador en la interpretación de la base de la convocatoria del proceso selectivo, que fue impugnado jurisdiccionalmente y que dio lugar a una sentencia estimatoria de las pretensiones de la aspirante y a un incidente de ejecución en el que también se resolvió en su favor. Siendo la responsabilidad que se reclama la derivada de la dilación institucional, el retraso en el acceso a la plaza no es antijurídico por el mero hecho de que haya tenido que defender su derecho en sede contencioso-administrativa, pues la difusa redacción de las bases de la convocatoria ampliaba los límites de la razonabilidad de la decisión administrativa, ello sin olvidar que la misma valoración fue aplicada a todos los aspirantes y no solo a la recurrente.

No justificado que la Administración haya procedido irrazonablemente al valorar la experiencia profesional resulta imposible derivar de ello la necesaria antijuridicidad del daño ocasionado por el retraso la adjudicación de la plaza, y, en consecuencia no procede declarar la responsabilidad de la Administración. ■

NOVEDAD



5% de DESCUENTO
por compras en Internet

PRECIO: 52,88 € + IVA

AHORA: 50,24 € + IVA

OPOSITAR: RETO Y OPORTUNIDAD



- ➔ ¿Qué te ofrece cada oposición? ¿Qué has de esperar de ella?
¿Qué ilusiones, cualidades o gustos ha de tener quien la hace?
- ➔ AUTORES: **Raquel Marañón Gómez y Diego Vigil de Quiñones Otero**
- ➔ Páginas: 336 / Encuadernación: Rústica con solapas / ISBN: 978-84-9020-332-3.

 Wolters Kluwer
LA LEY

**ADQUIERA HOY MISMO
SU EJEMPLAR**

902 250 500 tel.
clientes@laley.es
<http://tienda.wke.es>



Tribuna

La eficiencia en la información precontractual

LA LEY 6584/2014

La eficiencia en la información precontractual sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia

Santi BALDERAS BLANCO

Graduado en Derecho

El presente artículo ha estudiado la información precontractual que empresas europeas facilitan al consumidor sobre el derecho de desistimiento en contratos a distancia y si la forma de proporcionar ese contenido es eficiente para que el consumidor comprenda los elementos de este derecho. Para ello, se ha analizado la legislación vigente sobre esta figura. También se ha examinado la información de varias compañías europeas para determinar la práctica actual de esas empresas en este asunto.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de desistimiento en contratos a distancia es considerado una excepción del principio general en contratos civiles de *pacta sunt servanda* (1), por el que las partes hacen cumplir las estipulaciones convenidas entre sí. De este modo, este derecho consiste en que el consumidor pueda poner fin al contrato, sin incurrir en causa de ineficacia o en cualquier tipo de responsabilidad por incumplimiento (2). Así, se denota gratuidad, ya que no se existe contraprestación o penalización por ello, por muy insignificante que pueda ser (3). En este sentido, este derecho sólo puede cobrar sentido en el mínimo y breve período de tiempo razonable que la legislación vigente otorga para su ejercicio y es necesario que se comunique al empresario su voluntad de desistir para que éste último solvante los perjuicios derivados de la desvinculación contractual (4).

De este modo, cabe destacar que todos los tratados constitutivos de la Unión Europea y muchas Constituciones europeas prevén protección del consumidor (parte débil en la relación contractual) y de sus intereses frente a las relaciones con un empresario (parte fuerte del contrato), además de la garantía del derecho de información que debe recibir (5). De este modo, la información precontractual sobre el derecho de desistimiento

en contratos a distancia debe considerarse esencial para la fluida circulación de éstos en el tráfico jurídico, debido al acelerado ritmo que exige el dinámico mercado europeo de contratación a distancia. Por otro lado, cabe matizar que este artículo no entra a analizar los aspectos sobre este derecho relativos a su ejercicio, ni a sus consecuencias. A su vez, tampoco se trata la omisión del deber de información de las empresas sobre esta figura, cuestión ampliamente analizada por doctrina y jurisprudencia europea y española (6).

Al mismo tiempo, se advierte que este estudio queda cerrado el día 17 de julio de 2014. Así, se tiene en cuenta que muchas empresas no se hayan adaptado a los preceptos previstos en la Ley 3/2014 (7) en relación al contenido que debe informarse al consumidor sobre este derecho, ya que ha entrado en vigor el día 28 de marzo de 2014.

II. PANORAMA NORMATIVO QUE DELIMITA EL DERECHO DE DESISTIMIENTO

1. Ámbito europeo

Con el fin de potenciar la posición del consumidor frente a la del empresario, se comienza a tutelar al consumidor a la hora de tomar decisiones en los contratos a distancia. Así,

se le protege al permitirle reconsiderar sus actos, también tras concluir el contrato (8). De este modo, se tienen en cuenta diferentes factores como la falta de condiciones para que el consumidor pueda comparar la calidad o precio de la oferta con otras (9) o el endeudamiento excesivo del consumidor por adquirir bienes o servicios que finalmente considera innecesarios (10). A su vez, cierta doctrina ha entendido que este derecho fomenta a que el consumidor realice estos contratos, que podían crearle inseguridades por sentir temor de quedar indefenso frente a potentes empresarios y por no proporcionarle la tutela mínima sobre sus derechos (11).

Al mismo tiempo, se comenzaron a aprobar normas europeas para proteger este derecho en contratos concretos. Así, la primera norma europea que regulaba este derecho era la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (12). Unos años más tarde, la Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia (13) regulaba de forma exhaustiva este derecho en contratos celebrados sin presencia física simultánea de las partes, es decir, a través de comunicación a distancia (14) (por teléfono, fax o por correo electrónico, entre otros). Así, se impide menoscabar los intereses del consumidor por no recibir bienes o servicios, según lo previsto (15).

Hoy en día, se prevé una armonización plena de este derecho en la Directiva 2011/83/UE, sobre contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil (16). Así, esta norma intenta evitar que los Estados miembros añadan requisitos de forma o de fondo sobre información precontractual en estos contratos (17). A su vez, se trata de solventar las situaciones que requieren de mecanismos de reacción más inmediatos ante la rapidez con la que circulan estos contratos. Además, existe una propuesta de Reglamento europeo para regular la compraventa europea que regula este derecho y los elementos que se deben informar al consumidor sobre el mismo (18). Este texto se caracteriza por ser un instrumento opcional en contratos transfronterizos con consumidores, que posibilita a las partes a acogerse a él o a la legislación estatal vigente. A su vez, se determina que debe aplicarse el ordenamiento jurídico del Estado del que este sujeto es residente (19).

En definitiva, la unificación de los preceptos legales sobre este derecho en Europa, refleja la necesidad de superar las incoherencias e inconsistencias de los preceptos de la teoría general de los contratos europeos o *acquis communautaire* (20). A su vez, se pretenden solventar las disparidades entre las legislaciones de los Estados miembros que no han previsto los preceptos plasmados en las directivas. Este hecho se debe a que cada Estado miembro legisla de forma diferente, ya que lo

ampara la armonización de mínimos prevista en muchas directivas europeas (21).

2. Ámbito español

La legislación española en esta materia es fruto de la transposición de las mencionadas directivas. Así, la primera norma española que se refería a este derecho era la Ley 26/1991, para contratos fuera de establecimiento mercantil (22), que traspone la Directiva 85/577/CEE. Anteriormente, existía la Ley 26/1984 (23), con la que se regulaba la defensa de los consumidores pero sin reconocer este derecho.

Las compañías deben proporcionar al consumidor el acceso a un documento formalizado y normalizado, que les ofrezca una posibilidad no única de declaración de la voluntad de desistir

En España, este derecho encuentra culminada su protección con el RDLeg. 1/2007, de protección de consumidores y usuarios (24). En este texto, se propone dar solución a la desprotección en los consumidores por el uso de prácticas agresivas que varían la voluntad del sujeto débil en decisiones que no cuadran con sus necesidades propias (25). De este modo, la efectiva puesta en conocimiento de este derecho en contratos a distancia requiere un compromiso por las empresas de efectuarla, ya que elementos como la celebración del contrato sin presencia física simultánea del empresario exigen al consumidor contratar con mayor cuidado y atención.

Sin embargo, la Ley 3/2014 (26) ha transpuesto la Directiva 2011/83/UE, y modifica cierto contenido del RDLeg. 1/2007 desde su entrada en vigor el 28 de marzo de 2014. Así, esta norma mejora la regulación sobre este derecho, ya que los tribunales europeos y nacionales habían ido conociendo y dirimiendo asuntos donde la legislación no bastaba para solventarlos, ni para proporcionar la tutela exigida. En este sentido, se deduce que la legislación europea y la jurisprudencia europea y nacional se habían adelantado a esa necesidad de cambio y adaptación a esas exigencias del tráfico jurídico. De esta forma, esta norma permite fijar el marco que establezca la eficiente puesta de conocimiento de las empresas sobre este derecho en los variables y complejos contratos a distancia.

3. Problemática derivada de la existencia de diferentes denominaciones sobre el derecho de desistimiento

De todas formas, cabe comentar un aspecto perceptible durante este recorrido por la legislación europea y española sobre el derecho de desistimiento: las diferentes denominaciones respecto a esta figura. En este sentido, cabe cuestionarse si el hecho de existir diferentes formas de referirse al mismo concepto implica que cada nomenclatura tiene un significado distinto. Este hecho es observable entre las diferentes normas europeas, cuando cada una regula un contrato concreto (27). También se observa entre las normas de cada Estado miembro que prevén la figura del derecho de desistimiento en el mismo tipo de contratos, como en los contratos a distancia (28).

A su vez, este hecho ocurre incluso dentro de una misma norma jurídica (29), lo cual produce mayor confusión a la hora de interpretar y delimitar este concepto. De este modo, en el período de convivencia simultánea de estas denominaciones, cierta doctrina justifica este hecho en el sentido de que todas las denominaciones referidas al desligue del contrato son idóneas, ya que en todas ellas subyace la consecuencia jurídica más relevante de este derecho, es decir, la pérdida de vigencia del contrato (30).

No obstante, se deduce que la concurrencia de distintos términos para referirse al derecho de desistimiento ha provocado una efectiva inseguridad jurídica. A su vez, cabe añadir que la existente y dispar terminología se caracteriza por su falta de solidez y rigor pero no implica que se pervierta la concepción del derecho de desistimiento. Esto se debe a que dichos términos se entrometen en el presupuesto y en las consecuencias que puedan existir sobre este derecho en cada contrato con consumidores (31). De este modo, la valoración que se atribuye jurídicamente al concepto de derecho de desistimiento es considerada compatible con cada una de las distintas denominaciones que existen en la Unión Europea sobre este derecho.

4. La devolución como denominación errónea del derecho de desistimiento pero comprensible para el consumidor

Como se ha deducido previamente, el uso del término «devolución» al referirse al derecho de desistimiento parece indiscriminado. En efecto, su utilización deriva de configurar como principio de Derecho contractual europeo el devolver un producto adquirido a distancia como notificación del ejercicio de desistimiento (32), sin requerir documento escrito para su validez (33).

Así, la jurisprudencia fija que la devolución constituye un desistimiento eficaz, en el que no existe rechazo o disconformidad por el empresario y no se requiere legalmente ninguna formalidad para justificar este acto (34).

Sin embargo, el arraigado uso de este término proviene de su inadecuada concepción, ya que la devolución no es un derecho en sí mismo. Es más, se trata de la consecuencia del desistir, que ha sido conformada por el legislador como una declaración tácita de voluntad de desistir (35). Así, se desprende que la legislación y los tribunales españoles permiten referirse al derecho de desistimiento como «devolución» para que el poner fin al contrato no sea complicado para el consumidor. Aun así, la distinción de éstos debería ser más clara para reducir la conflictividad sobre la determinación de estos dos conceptos. Por tanto, se deduce que esta aclaración conceptual puede permitir abrir un amplio y prometedor camino para que la información sobre este derecho surta el efecto deseado, es decir, que su alcance y elementos sean comprendidos por parte del consumidor que contrata a distancia.

III. LA IMPLANTACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN CADA ESTADO MIEMBRO

Todos los Estados miembros han transpuesto la Directiva 97/7/CE, donde este derecho queda incluido para contratos a distancia. Aun así, cada Estado miembro lo prevé de diferente manera. Por un lado, unos fijan este precepto en una norma exclusiva que regula los contratos a distancia (36). Otros, en cambio, lo incluyen dentro de una norma de protección de consumidores en los contratos civiles, entre los que se regula los contratos a distancia (37). A su vez, otros Estados miembros regulan este derecho en un Código que compila la gran mayoría de los aspectos del Derecho privado de su país (38).

Sin embargo, se ha observado que son pocos los Estados miembros que han transpuesto la Directiva 2011/83/UE, entre ellos España con la Ley 3/2014. Así, no se implanta la armonización de máximos que esta norma pretende lograr, la cual intenta impedir que en las legislaciones nacionales sea adopten y/o mantengan medidas más restrictivas que las fijadas en esta directiva (39).

Por tanto, se desprende que esta situación imposibilita evitar la disparidad y fragmentación jurídica existente entre las legislaciones nacionales europeas. De este modo, no permite que todos los Estados miembros proporcionen este derecho bajo las mis-



mas condiciones y términos y se facilita el incremento de inseguridad y de costes (40). Por ello, se deduce que este hecho deriva de la pasividad de los Estados miembros para trasponer en plazo esta directiva, que contrasta con el esfuerzo del legislador europeo en adaptarse a las exigencias del tráfico jurídico.

IV. EL EMPRESARIO COMO INFORMADOR «EFICIENTE» DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO AL CONSUMIDOR

En primer lugar, se considera un principio de Derecho contractual europeo el proporcionar la adecuada información sobre el derecho de desistimiento de la forma más apropiada para comunicárselo al consumidor (41). A su vez, esta facilitación debe hacerse en soporte duradero y en lenguaje claro y comprensible, además de que se debe comunicarse el modo de ejercicio, el período para ejercerlo y la persona y la dirección a comunicar, entre otros aspectos. De este modo, el presente apartado trata de observar si las empresas informan adecuadamente sobre las peculiaridades de este derecho, como sobre el concepto de este derecho, el plazo para ejercerlo o la existencia de un formulario de desistimiento para que se comunique a las compañías, entre otros elementos.

1. El formulario de desistimiento como herramienta idónea para ejercer el Derecho de desistimiento en la Unión Europea

En principio, no se exige requisito formal alguno para comunicar el deseo de ejercer-

lo, ya que se permite hacerlo por cualquier procedimiento (42). No obstante, para que este derecho quede correctamente comunicado, la Directiva 2011/83/UE y sus respectivas transposiciones concretan que dicha comunicación sea a través de una declaración inequívoca de la voluntad de desistir o por el modelo de formulario de desistimiento estandarizado que debe ser facilitado en estas normas. Este documento debe ser puesto en conocimiento por las empresas previa contratación a distancia.

En este sentido, las compañías deben proporcionar al consumidor el acceso a un documento formalizado y normalizado (43), que les ofrezca una posibilidad no única de declaración de esta voluntad (44). Así se deben establecer claramente los sujetos a comunicar o el objeto a desistir, entre otros elementos, para que sirva de referencia a la hora de realizar una comunicación válida. Al mismo tiempo, se deduce que una declaración inequívoca y suficiente puede ser aquella que se realiza por el medio que el consumidor utilizó para adquirir el producto. A su vez, el empresario debe comunicar la recepción de esta comunicación en soporte duradero, aunque le haya llegado después de haber finalizado el plazo de desistimiento (45).

De esta forma, tanto el legislador como las empresas deben informar sobre este derecho de tal modo que el consumidor comprenda el contenido del mismo y la forma de ejercerlo, en el marco de la Unión Europea. Así, dicha comunicación permitirá que el consumidor ponga fin al contrato y no surjan conflictos por existir malentendidos en el modo de ejercer este derecho.

2. Formularios legales en la Unión Europea y en los Estados miembros

En primer lugar, la Directiva 2011/83/UE incluye un modelo de formulario de desistimiento (46), que fija un mínimo legal exigido para que la comunicación de la voluntad de desistir sea válida y se obliga a las empresas a facilitarlo previa contratación a distancia. Además, se incluye un modelo documental de la información sobre este derecho que el consumidor debe conocer para procurar que esta figura quede bien entendida. Así, las empresas están obligadas a poner en conocimiento un modelo de formulario al consumidor, como el previsto en la mencionada directiva. Al mismo tiempo, se observa cómo la transposición de este formulario en algunas normas nacionales no sufre modificación respecto al de la Directiva 2011/83/UE, lo que refleja la armonización de máximos que se propugna en dicha norma. Fiel ejemplo de este hecho es el modelo de formulario de desistimiento que aparece en la española Ley 3/2014 (47), que traspone la Directiva 2011/83/UE. A su vez, también se incluye el modelo documental sobre la información a conocer de este derecho.

Cabe mencionar que, previa existencia de esta directiva, algún Estado miembro ya incluía un modelo de formulario de desistimiento. Así, en la legislación de Chipre sobre contratos a distancia aparece uno fija este medio como una opción para comunicar el deseo de desistir (48). En este sentido, la existencia de este tipo de formularios es dispositiva, ya que la Directiva 97/7/CE no imponía a las compañías que se ponga en conocimiento del consumidor, previa celebración de contratos a distancia.

3. Puesta en conocimiento del Derecho de desistimiento al consumidor

A) Empresas españolas

A continuación, se ha estudiado si la información sobre este derecho es ofrecida por las compañías españolas conforme a lo previsto en la Ley 3/2014. Para ello, se han tomado como referencia las empresas textiles Zara y Mango, ya que sus resultados financieros son de los más elevados en su sector (49) y realizan muchos contratos por Internet, que es el medio de comunicación a distancia más empleado.

En este sentido, ambas empresas ofrecen en sus condiciones de compraventa los elementos de este derecho que la Ley 3/2014 obliga a poner en conocimiento al consumidor. En concreto, facilitan el plazo legal de catorce días naturales desde la recepción del producto y se dan a conocer los medios por los que el consumidor puede comunicar

su deseo de desistir (50). A su vez, ambas facilitan un formulario de desistimiento que puede visualizarse antes de contratar (51). No obstante, cabe puntualizar que esta adaptación a la mencionada ley no ha sido inmediata, ya que en los primeros meses tras su entrada en vigor, se seguía proporcionando el plazo legal anteriormente previsto de siete días hábiles desde la entrega del pedido y no se disponían medios para comunicar la voluntad de desistir, ni el mencionado formulario (52).

De este modo, se observa una implantación correcta de los aspectos esenciales sobre este derecho para estos contratos en empresas con un volumen de ventas y un peso muy elevado en el mercado europeo.

B) Empresas de otros Estados miembros de la Unión Europea

Por otro lado, cabe observar cómo compañías de otros Estados miembros informan a los consumidores sobre este derecho en contrato a distancia. De este modo,

cabe analizar la compañía textil británica Topshop. En este caso, se ofrece al consumidor el denominado *7 day cooling-off period* en la adquisición de sus productos por su página web (53). De este modo, se otorga al consumidor un período legal de tiempo de siete días para reflexionar sobre la conveniencia o necesidad de dicha compra. Aun así, Topshop se limita a ofrecer el plazo previsto en la legislación británica en contratos a distancia, que no ha traspuesto todavía el contenido novedoso de la Directiva 2011/83/UE. De este modo, se deduce que su actualización deviene necesaria, más aún cuando el plazo queda aumentado a catorce días.

En este sentido, Topshop no facilita un documento de desistimiento propiamente dicho al consumidor, ya que no es obligatorio proporcionarlo en virtud de la legislación de armonización de mínimos por la que se rige. Así, se establece que basta con comunicar por un formulario genérico de su departamento de Atención al Cliente, en el que se han de indicar los datos del consumidor y el núm. de pedido (54).

C) Empresas de Estados terceros de la Unión Europea

Existen casos de compañías de Estados europeos que no son miembros de la UE, que venden productos a distancia cuya información precontractual prácticamente transcribe la Directiva 2011/83/UE. Así ocurre en la empresa suiza Highlight Event & Entertainment, dedicada a la producción y la venta de productos de *merchandising* de eventos como Eurovision Song Contest. Así, se observa que estos productos son puestos en venta en una página web exclusiva para su comercialización. En ella, aparece un apartado donde se informa sólo sobre el derecho de desistimiento o *withdrawal*, que se distingue del de las condiciones de compra. En este apartado, se informa exactamente de los elementos que la Directiva 2011/83/UE que las empresas deben comunicar a los consumidores residentes en Estados miembros de la Unión Europea. En este caso, aparece el plazo de desistimiento de catorce días, los medios de comunicación disponibles para que el consumidor declare su voluntad de desistir (fax, telé-

Organizan:

 Wolters Kluwer

 INKIETOS

 Legal Management
forum
Wolters Kluwer  INKIETOS

The Future Is Now

*Un espacio para la reflexión y el conocimiento de los retos y oportunidades del **management** en el **sector de la abogacía***

Martes 21 de octubre

Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía (Madrid)

Jornada completa

Traducción simultánea

Inscripción: 250 € (IVA Incl.) Aforo limitado

Patrocinador:



En colaboración con:



www.legalmanagementforum.es

 #LegalForum14

fono o correo electrónico, entre otros) (55) y un formulario opcional de desistimiento que se puede visualizar antes de adquirir producto alguno (56).

De este modo, se demuestra que ser una empresa con un volumen de ventas y peso en el mercado europeo de nivel medio no impide que los aspectos sobre este derecho se promulguen según las exigencias de la legislación europea vigente. Al mismo tiempo, se deduce que una compañía

de un Estado europeo no miembro de la Unión Europea ofrece información tan fiel a la regulación europea vigente debido a la especial vinculación de este Estado y de sus empresas con el mercado europeo, su tráfico jurídico y las regulaciones aplicables en él. Por tanto, se desprende que la mayoría de los consumidores de esta empresa son residentes en la Unión Europea. Así, se deduce que informar conforme lo previsto en esta directiva es lo jurídicamente más adecuado.

No obstante, la información dada por esta compañía emplea un lenguaje técnico jurídico y puede provocar que los consumidores no comprendan esta figura. De todos modos, el uso de ese término deviene como el más idóneo para este caso, ya que la denominación más aceptada por los Estados miembros para este derecho y aparece así en esta directiva. De esta forma, se supera la discusión sobre la denominación a emplear para este derecho en los Estados miembros de la Unión Europea. ■

NOTAS

(1) DIÉGUEZ OLIVA, R., «El derecho de desistimiento en el marco común de referencia», *InDret, Revista Para el Análisis del Derecho*, mayo 2009, núm. 2, pág. 5. El autor también destaca los principios de relatividad contractual y de autonomía de las partes, entre otros.

(2) BELUCHE RINCÓN, I., *El Derecho de Desistimiento del Consumidor*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pág. 16; COSIALLS UBACH, A. M., «Derecho de Desistimiento», en VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coords.), *Derecho Europeo de los Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, 2 vols, Barcelona, Ed. Atelier Civil, 2012, pág. 341.

(3) ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson Aranzadi, 2004, pág. 104.

(4) BELUCHE RINCÓN, I. I., *El Derecho de...* op. cit., pág. 34.

(5) *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, de 25 de marzo de 1957, art. 153.1; *Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. C 326, de 26 de octubre de 2012, art. 169.1; *Constitución Española*. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, art. 51.1.

(6) STJUE, *Gran Sala*, de 25 de octubre de 2005, as. C-350/2003. E. Schulte and Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG. Rec. 2003, pág. 69; ARROYO AMAYUELAS, E. y EBERS, M., «Heiniger y las sanciones del deber de información sobre el derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/1999)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, núm. 9, págs. 407-442; SAP Tarragona, Secc. 3.ª, núm. 91/2011, de 8 de marzo de 2011, FJ 4 (LA LEY 81622/2011); TOMÁS MARTÍNEZ, G., «Derecho privado comunitario y evolución de las consecuencias del incumplimiento del deber de información del derecho de desistimiento: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, mayo/agosto 2012, núm. 43, págs. 554-559.

(7) Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014.

(8) MIRANDA SERRANO, L. M., «La Contratación a Distancia de Consumo: TRDCU y Directiva

2011/83/UE», en MIRANDA SERRANO, L. M. y PAGADOR LÓPEZ, J. (Coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Barcelona, Marcial Pons, 2012, pág. 162.

(9) *Directiva 85/577/CEE del Consejo*, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. *Diario Oficial* núm. L 372, de 31 de diciembre de 1985, considerando 4.

(10) GARCÍA VICENTE, J. R., «El desistimiento, denuncia, revocación o resolución unilateral del contrato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, I. (Dir.), *Tratado de Contratos, t. II: Contratación con consumidores, contratación electrónica, contratos con finalidad traslativa de dominio, contratos de cesión de uso y disfrute*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2009, pág. 1496.

(11) MIRANDA SERRANO, L. M., «La Contratación a...» op. cit., pág. 162.

(12) *Directiva 85/577/CEE del Consejo*, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. *Diario Oficial* núm. L 372, de 31 de diciembre de 1985, art. 5.

(13) *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Diario Oficial* núm. L 144 de 4 de junio de 1997, art. 6.

(14) ARROYO AMAYUELAS, E., «Concepto de contratos celebrados a distancia», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2011, pág. 959.

(15) *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Diario Oficial* núm. L 144 de 4 de junio de 1997, considerandos 11 y 14.

(16) *Directiva 2011/83/UE* de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *Diario Oficial de la Unión Europea* núm. L 304, de 25 de octubre de 2011, art. 9.

(17) MENDOZA LOSANA, A. I., «Los contratos a Distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, núm. 1, pág. 54.

(18) *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final, art. 17.

(19) VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», *Revista uc3m, Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, vol. 5, núm. 1, pág. 205.

(20) COMISIÓN EUROPEA, *Libro Verde*, de 1 de julio de 2010, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, COM (2010) 348 final, pág. 9.

(21) TWIGG-FLESNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2012, págs. 85 y 86.

(22) *Ley 26/1991*, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1991, art. 5, donde se denomina a este derecho como «revocación».

(23) *Ley 26/1984*, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.

(24) *Real Decreto Legislativo 1/2007*, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, arts. 68 a 79.

(25) LARROSA AMANTE, M.A. *Derecho de Consumo. Protección legal del Consumidor*. 2.ª ed., Madrid, Ed. El Derecho y Quantor, 2011, pág. 87.

(26) *Ley 3/2014*, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014, art. 71.

(27) Entre otros, destaca, la *Directiva 85/577/CEE del Consejo*, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. *Diario Oficial* núm. L 372, de 31 de diciembre de 1985, art. 5, denominado «renuncia», y la *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo* de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. *Diario Oficial* núm. L 144 de 04 de junio de 1997, art. 6, denominado «resolución».

(28) Se destaca en Irlanda, *European Communities (Protection of Consumers in Respect of Contracts Made by Means of Distance Communication) Regulations, 2001*. Irish Statutory Book núm. 207/2001, de 15 de mayo de 2001, art. 6 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web del Boletín Oficial de Irlanda, Irish Statutory Book. <http://www.irishstatutebook.ie/2001/en/si/0207.html>, última consulta 6 de agosto de 2014), denominado este derecho «cancellation»; en Chipre, *Law for the Conclusion of Consumer, Distance Contracts of 2000*. Cyprus Gazette núm. L. 14(I) of 2000, de 20 de mayo de 2000, art. 7 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web EU Consumer Law. http://www.eu-consumer-law.org/legislation175_en.pdf, última consulta 6 de agosto de 2014), denominado «renouncement»; en Estonia, *Law of Obligations Act. Riigi Teataja* núm. 53, de 1 de julio de 2001, art. 56 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web EU Consumer Law. http://www.eu-consumer-law.org/legislation91_en.pdf, última consulta 6 de agosto de 2014), denominado «withdrawal».

(29) Por ejemplo, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Diario Oficial núm. L 144 de 04 de junio de 1997, se refiera a él como rescisión en el considerando 14, mientras que se refiera a la resolución en su art. 6.

(30) GARCÍA VICENTE, J. R., «El desistimiento, denuncia...» op. cit., pág. 1495.

(31) ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e Ineficacia...* op. cit., pág. 83; GÁLVEZ CRIADO, A., «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código Civil», en ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (Dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Ed. Atelier, 2011, pág. 514.

(32) VON BAR, C.; CLIVE, E. y SCHULTE-NÖLKE, H. (Dirs.), *Principles, Definitions...* op. cit., pág. 201, art. II.- 5:102 (traducción propia).

(33) COSIALS UBACH, A. M. «Derecho de...» op. cit., pág. 347.

(34) SAP Navarra, Secc. 1.ª, núm. 18/2010, de 2 de febrero de 2010, FJ 2 (LA LEY 53620/2010).

(35) COSIALS UBACH, A. M., «Derecho de...» op. cit., pág. 347; DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Formalidades para el ejercicio del desistimiento», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2011, pág. 635.

(36) Como ejemplos, cabe mencionar este hecho en Malta, *Distance Selling Regulations, 2001*. Legal Notices núm. 186, de 4 de septiembre de 2001, art. 6 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web EU Consumer Law. <http://www.eu-consumer-law.org/legislation234.pdf>, última consulta 6 de agosto de 2014); o en Reino Unido, *Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*. UK Legislation núm. 2334, de 31 de agosto de 2000, art. 10 (traducción propia del texto facilitado por la Boletín Oficial de Reino Unido, UK Legislation. <http://www.legislation.gov.uk/uk/si/2000/2334/contents/made>, última consulta 6 de agosto de 2014).

(37) Como ejemplos, cabe mencionar, en Lituania, *Law on Consumer Protection of the Republic of Lithuania*. Valstybes Žinios núm. 2004 72-2496,

de 30 de abril de 2004, art. 18 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web EU Consumer Law. http://www.eu-consumer-law.org/legislation150_en.pdf, última consulta 6 de agosto de 2014), o en Italia, *Legislative Decree 6 September 2005* núm. 206, *Consumer Code*, pursuant to Article 7 of Law no. 229 of 29 July 2003. Gazzetta Ufficiale núm. 235, del 8 octubre de 2005, art. 64 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web EU Consumer Law. http://www.eu-consumer-law.org/legislation372_en.pdf, última consulta 6 de agosto de 2014).

(38) *Bürgerliches Gesetzbuch. Bundesgesetzblatt* de 2 de enero de 2002 núm. 1 42, 2909, arts. 312. d y 355 (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web del Ministerio de Justicia y de Protección de Consumidores, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1058, última consulta 6 de agosto de 2014). En el primero artículo, se regula el derecho de desistimiento (en Alemania, lo denominan «revocation»), y el derecho de devolución para contratos a distancia. En el segundo, en cambio, se regula el derecho de desistimiento general en contratos con consumidores, y se aplica para lo no regulado previamente, como es el plazo para desistir de catorce días.

(39) Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 304, de 25 de octubre de 2011, art. 4.

(40) EBERS, M., «De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *InDret, Revista Para el Análisis del Derecho*, abril 2010, núm. 2, pág. 10-18.

(41) VON BAR, C.; CLIVE, E. y SCHULTE-NÖLKE, H. (Dirs.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009, pág. 202, art. II.-5:104 (traducción propia).

(42) BELUCHE RINCÓN, I., *El Derecho de...* op. cit., pág. 62.

(43) GUILLÉN CATALÁN, R., «La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante, pero incompleto», *Diario LA LEY*, de 20 de febrero de 2012, núm. 7801 (LA LEY 812/2012).

(44) COSIALS UBACH, A. M., «Derecho de...» op. cit., pág. 344.

(45) BOTANA GARCÍA, G., «Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma», *Actualidad Civil*, febrero 2014, núm. 2 (LA LEY 649/2014).

(46) Directiva 2011/83/UE de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 304, de 25 de octubre de 2011, Anexo I.

(47) Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y

otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. BOE núm. 76, de 28 de marzo de 2014, Anexo A y B.

(48) *Law for the Conclusion of Consumer, Distance Contracts of 2000*. Cyprus Gazette núm. L. 14(I) of 2000, de 28 de marzo de 2000, Anexo III. (traducción propia del texto en inglés facilitado por la página web EU Consumer Law. http://www.eu-consumer-law.org/legislation175_en.pdf, última consulta 6 de agosto de 2014).

(49) Zara forma parte del Grupo Inditex, líder mundial en el sector textil, que obtuvo en el ejercicio de 2013, unas ventas totales de 16.724 millones de euros, tal como se publicó en el apartado «Inditex de un vistazo». Página web del Grupo Inditex. https://www.inditex.com/es/our_group/at_glance (Última consulta 6 de agosto de 2014).

(50) «Derecho de desistimiento» en «Cambios y/o Devoluciones» http://shop.mango.com/ayuda2/index.faces?opcion=cambios_y_devolv#desistimiento (Última consulta 5 de agosto de 2014). «Derecho legal a desistir de la compra» en las «Condiciones de Uso y Compra [www.zara.com](http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140709.pdf)». Página web de Zara http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140709.pdf (Última consulta 6 de agosto de 2014).

(51) «Modelo de formulario de desistimiento» en «Condiciones de Uso y Compra [www.zara.com](http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140709.pdf)». Página web de Zara http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140709.pdf (Última consulta 6 de agosto de 2014). «Formulario de Desistimiento». Página web de Mango http://st.mngbcn.com/web/ayuda/desistimiento/pdf/withdrawal_ES_ES.pdf (Última consulta 6 de agosto de 2014).

(52) Ejemplo de ello es Zara. «Política de cambios/ devoluciones» en las «Condiciones de Compra de la Página web de ZARA». Página web de Zara. http://static.zara.net/static/pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140304.pdf (Última consulta 20 de mayo de 2014)

(53) «7 day cooling-off period» en «Type of Returns». Página web de Topshop. http://eu.topshop.com/webapp/wcs/stores/servlet/CatalogNavigationSearchResultCmd?catalogId=34058&viewAllFlag=false&categoryId=365117&langId=-1&storeId=13058&interstitial=true&intcmpid=W_FOOTER_WK1_HP_EU_RETURNS&geoip=no&redirect#fragment-4 (traducción propia) (Última consulta 6 de agosto de 2014).

(54) «Customer Services». Página web de Topshop. <https://eu.topshop.com/webapp/wcs/stores/servlet/ContactUs?catalogId=34058&storeId=13058&crypto=BUCHZUHK9bQztRSD4ChHTcMQJlc%2FsvHn0N09WZ9vSkZkxwAWjefsUoI%2F81ZP83hzQJlUmi28ka%0AixVj60g2RshGor8QkZVAEH5rCaJQAqjhOYxIlGaPv670snElaEojszczMOZHvMeQAfZhqSkD%2Fg%3D%3D&ddkey=http:ContactUs> (traducción propia) (Última consulta 6 de agosto de 2014).

(55) «Right to Withdrawal». Página web de Eurovision Song Contest The Official Shop. <http://shop.eurovision.tv/withdrawal> (traducción propia) (Última consulta 6 de agosto de 2014).

(56) «Withdrawal form». Página web de Eurovision Song Contest The Official Shop. http://shop.eurovision.tv/media/wysiwyg/Forms/Withdrawal_Form.pdf (traducción propia) (Última consulta 6 de agosto de 2014).


 Tribunal Constitucional

la sentencia del día

TC Pleno, S 25 Sep. 2014.

Ponente: Narváez Rodríguez, Antonio

LA LEY 121824/2014


 Consulte los textos íntegros en
 www.diariolaley.es

Llama la atención que la propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2011 justifica la intervención del legislador en la mejora del funcionamiento de las instituciones de tal forma que sean más transparentes y cercanas a la ciudadanía, combatiendo el desapego creciente que muestra la ciudadanía hacia la actividad política y hacia aquellos que la ejercen, aspiración que justifica la introducción de nuevas causas de incompatibilidad, siguiendo la línea de profundizar en la transparencia y plena dedicación que los parlamentarios deben a la ciudadanía, lo que elimina cualquier posible viso de arbitrariedad.

Al desestimar el recurso de inconstitucionalidad avala el TC la reforma del sistema de incompatibilidades parlamentarias introducido para los Diputados del Parlamento de Andalucía por la Ley 9/2011, de 5 de diciembre, de modificación de la Ley Electoral de Andalucía, y confirma la legalidad de la instaurada incompatibilidad entre los cargos de Alcalde, Presidente de Diputación Provincial y Presidente de las mancomunidades de municipios con el mandato de diputado autonómico.

El TC rechaza el recurso planteado por el Gobierno contra la Ley andaluza de incompatibilidades de los diputados autonómicos

Resulta adecuado y proporcional el endurecimiento del sistema de incompatibilidades de determinados miembros del Parlamento andaluz: no se limita el sufragio pasivo, pues nada les impide presentarse a las elecciones, sino solamente la adquisición de la condición de parlamentarios una vez que han sido electos.

La Ley del Parlamento de Andalucía 9/2011, de 5 de noviembre, que reformó la Ley Electoral para instaurar la incompatibilidad entre los cargos de Alcalde, Presidente de Diputación Provincial y Presidente de las mancomunidades de municipios con el mandato de diputado autonómico, no vulnera los derechos fundamentales de sufragio pasivo ni el derecho a la igualdad.

Así se pronuncia el TC al puntualizar que la Ley no impide presentarse a las elecciones al Parlamento autonómico, sino únicamente, en caso de resultar elegidos, adquirir la condición de parlamentario, pues deben optar entre ésta y la de alto cargo público. Reside así la incompatibilidad no en el derecho electoral, sino en el derecho parlamentario. El derecho de sufragio pasivo guarda íntima conexión con la inelegibilidad, y ésta a su vez guarda relación con el Derecho Electoral; pero la incompatibilidad, sustancialmente, no guarda relación con el Derecho Electoral, sino con el Derecho Parlamentario.

Rechaza también la denunciada vulneración del derecho a la igualdad pues, siendo uno de los fines de la Ley que los parlamentarios desempeñen sus funciones con transparencia y plena dedicación, la causa de incompatibilidad resulta justificada y proporcionada, máxime cuando existe un sistema de retribuciones fijas y periódicas para dichos cargos en la Comunidad andaluza, y no uno de dietas e indemnizaciones. Todo ello en aras a garantizar la separación de funciones o la transparencia pública en la correspondiente gestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

4. Descartada, pues, la inicial referencia del recurrente al derecho de sufragio pasivo, procede ahora examinar las quejas relativas a la lesión de la igualdad, en primer lugar, y, a continuación, las relativas a la arbitrariedad, que constituyen el núcleo de la impugnación constitucional del recurrente.

A tal efecto, han de hacerse las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en lo que se refiere a la eventual vulneración de la igualdad en la determinación de la causa de incompatibilidad que se atribuye por el recurrente al legislador andaluz, ya se adelanta que no puede ser acogida en los términos en los que aparece formulada por el recurrente.

Como ya quedó expuesto anteriormente, el artículo 105.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad andaluza remite al legislador electoral para el establecimiento de las causas de incompatibilidad parlamentarias, que ha de ponerse en conexión con la competencia de dicha Comunidad Autónoma para dictar las normas y procedimientos electorales relativos a la constitución de las instituciones de autogobierno de la misma (artículo 46 EAA). La remisión es absolutamente incondicionada pues, de la lectura de la norma institucional de la Comunidad Autónoma, se advierten dos extremos relevantes: el primero, que a diferencia de lo que sucede en la Constitución, no se establece un elenco mínimo de incompatibilidades susceptible de ser ampliado por legislador y que, por lo mismo y por la especial relación que existe entre la norma estatutaria y la ley autonómica, no podría ser desconocido por aquél en la labor de concreción realizada en la ley electoral.

En segundo término, porque tampoco existe en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, de contrario, el establecimiento de una compatibilidad prescrita por la norma, como ha sucedido en otras Comunidades Autónomas (así, el artículo 11.4, inciso final, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León dispuso, en su redacción inicial dada por la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, que: «En cualquier caso, la condición de Procurador será compatible con la de Diputado provincial y con la de Concejal»; no así, por cierto, con la presidencia de las citadas corporaciones locales), con la excepción, acaso, del Presidente de la

Junta de Andalucía que ha de ser elegido por y de entre los miembros del Parlamento (artículo 118.1 EAA) y cesa, entre otras causas, si pierde la condición de parlamentario [artículo 12.1, letra g), de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de que el artículo 16 de la misma norma recoge expresamente la compatibilidad entre ambas funciones]; compatibilidad esta última, en fin, habitual en la forma de gobierno parlamentaria y que encuentra pleno encaje en el marco de relaciones fiduciarias que existe entre el Legislativo y el Ejecutivo de la Comunidad Autónoma y que se singulariza, entre otros, en los instrumentos de otorgamiento y retirada de la confianza parlamentaria.

A la luz de estas normas habilitadoras, es claro que el legislador andaluz dispone de una amplia discrecionalidad para establecer su propio sistema de incompatibilidades parlamentarias, pues no es ocioso recordar que, así como las causas de inelegibilidad establecidas en el artículo 6 LOREG rigen para los procesos electorales autonómicos, en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera, apartado segundo, de esta norma, no sucede lo mismo con el sistema de incompatibilidades parlamentarias, cuyo establecimiento sí corresponde, en exclusiva, al legislador de cada Comunidad Autónoma de acuerdo, en su caso, con las previsiones que se contengan en el Estatuto de Autonomía respectivo. En este sentido, cumple destacar que dicho sistema, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, ha ido variando en función de que en las mismas se haya ido adoptando un sistema de retribuciones parlamentarias entendidas como asignaciones, pudiendo indicarse de forma muy genérica y a los efectos que aquí importan que, en aquellas Comunidades en las que los representantes únicamente perciben dietas o indemnizaciones, el sistema de incompatibilidades es más laxo que en aquellas otras que han optado por un sistema de retribuciones. A esta última categoría pertenece la Comunidad andaluza que ha previsto un sistema de retribuciones fijas y periódicas (artículo 8.1 del Reglamento del Parlamento de Andalucía) y, en consecuencia, ha establecido un régimen de incompatibilidades exhaustivo, semejante al previsto en la LOREG para los Diputados y Senadores, y en el que ha de destacarse la prescripción contenida en el artículo 6.3 LEA, según la cual: «El mandato de los Diputados del Parlamento de Andalucía se ejercerá en régimen de dedicación absoluta, y será incompatible con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de cualquier otro puesto, profesión o actividad, públicos o privados, por cuenta propia o ajena, retribuidos mediante sueldo, salario, arancel, honorarios o cualquier otra forma. El régimen de dedicación absoluta y de incompatibilidades previsto en esta Ley será aplicable sin que en ningún caso se pueda optar por percepciones o remuneraciones correspondientes a puestos o cargos incompatibles»; prescripción que se complementa con las contenidas a continuación en los apartados cuarto (actividades públicas) y quinto (actividades privadas) del precepto.

Así las cosas, cuando el eje central de la impugnación de la constitucionalidad del artículo 6.2 letra c) de la Ley Electoral andaluza se localiza en la eventual vulneración del principio de igualdad en la Ley, tal planteamiento exige del recurrente la carga de tener que aportar un término válido de comparación con el que poder establecer ese juicio de igualdad de carácter relacional que justifique el trato discriminatorio que se denuncia. En los términos de este recurso, es necesario, en definitiva, que se haya hecho referencia a la posible existencia de cargos públicos compatibles con el de parlamentario andaluz en contraposición al de los que incurran en la causa de incompatibilidad que aquel precepto establece, de tal manera que quede patente la existencia de una discriminación inadmisibles en términos constitucionales.

En efecto, como reiterada doctrina de este Tribunal (por todas, la STC 120/2010, de 24 de noviembre, FJ 3) ha venido declarando en relación con el principio de igualdad ante la Ley, «la vulneración del derecho a la igualdad supone la existencia en la propia Ley de una diferencia de trato entre situaciones jurídicas iguales. Esta disparidad de tratamiento, sin embargo, sólo será vulneradora del derecho a la igualdad si no responde a una justificación objetiva y razonable que, además, resulte adecuada y proporcional». Además, como también ha venido sosteniendo de modo uniforme este Tribunal, «el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional»; igualmente, «el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados»; y, por último, que «para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos».

5. Pues bien, a la luz de la doctrina constitucional expuesta, ha de señalarse que, desde luego, no pueden reputarse como términos válidos de comparación para establecer el juicio de igualdad los que se contienen en el recurso. Y no son adecuados formalmente por erróneos, como sucede con la apelación que se realiza en favor de la elegibilidad de determinados miembros del Gobierno de la Nación, cuando de lo que trata la reforma es de la modificación del sistema de las incompatibilidades parlamentarias en el Legislativo andaluz y no de las causas de inelegibilidad, que afectan a quienes deseen concurrir como candidatos en las elecciones autonómicas al Parlamento de dicha Comunidad. Error que no necesita de mayor precisión por cuanto, como ya quedó indicado en el fundamento anterior, inelegibilidad e incompatibilidad despliegan sus efectos en momentos distintos.

Pero tampoco son adecuados materialmente, pues el resto de los cargos citados como términos de contraste no son comparables a los que el precepto controvertido declara incompatibles. En el caso de los miembros del Ejecutivo de la Comunidad Autónoma, puesto que la compatibilidad entre ambas funciones es habitual, como acaba de referirse, en los sistemas con forma de gobierno parlamentaria que se definen por las relaciones de confianza entre el Legislativo y el Ejecutivo. En el ámbito local, puesto que claramente, los presidentes de los entes locales declarados incompatibles tienen una posición institucional y funcional distinta a la de los concejales y otros cargos de las juntas de gobierno con quien se pretende compararlos, entre otras razones porque el nivel de responsabilidad y de dedicación que aquéllos han de asumir al frente de sus respectivos cargos dentro de la Administración local es distinto del que hayan de prestar los que formen parte de aquellas corporaciones como meros miembros de las mismas. Si lo que se pretende, como así lo destaca la Exposición de Motivos de la Ley, es que los parlamentarios desempeñen sus funciones con «transparencia» y «plena dedicación», la causa de incompatibilidad prevista en el precepto impugnado resulta justificada y proporcionada.(...) ■



1875

BROCA MAJADA CORBAL

**23^a
Edición**

2014

Práctica Procesal Civil



PREMIUM

Edición en papel +
edición en smarteca

DIGITAL

Edición en smarteca
con actualización

CLÁSICA

10 tomos +
formularios online

Para más información

www.wke.es/broca
902 250 500 tel



REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28231 Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 250 502 / e-mail: diariolaley@wke.es
JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García
COORDINADORA: María José Hierro Romero
EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador
ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY
DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González
EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maillo Amaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Julià
PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

PUBLICIDAD
C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 250 500
e-mail: publicidad@wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE
Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wke.es



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.
El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.
Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).
ISSN: 1138-9907
D.L.: M-11197-2012