

REPERTORIO DE MATERIALES DE LA PRÁCTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2015

Selección

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ



CONSEJO DE ESTADO



2015/1. Dictamen nº 236/2015 (Justicia), de 26 marzo 2015, sobre Anteproyecto de Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 26 de marzo de 2015, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de V. E. de 6 de marzo de 2015, con registro de entrada el mismo día, ha examinado el expediente relativo al anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

ANTECEDENTES

De antecedentes resulta:

Primero.— Se somete a consulta un anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, del que constan dos versiones, siendo la primera (que viene acompañada por su memoria del análisis de impacto normativo) de fecha 1 de julio de 2014.

El texto sometido a dictamen tiene fecha de 5 de marzo de 2015 y consta de una exposición de motivos, 61 artículos agrupados en títulos y capítulos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria única, una disposición derogatoria única y cinco disposiciones finales. La exposición de motivos se divide en ocho apartados, el primero de los cuales comienza precisando que la presente Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil da cumplimiento a un mandato ya contenido en la disposición final vigésima de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, y, de hecho, pendiente desde la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año 1985, “colmando así la imperiosa necesidad

de dotar a España de una regulación moderna sobre la cooperación jurídica internacional en materia civil”.

Subraya en primer término la exposición de motivos el carácter subsidiario que ha de tener la Ley dentro de un complejo marco de relaciones internacionales con numerosos tratados y acuerdos internacionales en vigor, y numerosas disposiciones de la Unión Europea, carácter que se consagra en el art. 2.a). El art. 2.b), por su parte, recoge el principio de especialidad, que permite la prioridad de normas sectoriales específicas.

Por otra parte, la exposición de motivos pone también de manifiesto que el marco objetivo de la ley debe ser limitado, por lo que en ella no se abordan materias que tienen mejor encaje en normativa legal específica y especializada, como la regulación de actos de cooperación para facilitar la presentación de demandas, procesos concursales extranjeros, asistencia jurídica gratuita internacional, solicitudes de obtención de alimentos, tutela cautelar en sentido amplio o sustracción internacional de menores, por ejemplo, ni tampoco las demandas contra Estados que pudieran encajar en casos admisibles por la Convención de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes.

No obstante, el concepto de cooperación jurídica internacional se utiliza de forma muy amplia en la ley, lo que permite incluir materias que, en sentido estricto, son ajenas al concepto indicado y que tradicionalmente se han regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil o en la Ley Orgánica del Poder Judicial, por ejemplo.

El apartado II de la exposición de motivos precisa que la ley se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo, y parte de un principio general favorable al desarrollo amplio de la cooperación jurídica internacional, incluso en ausencia de reciprocidad, pero con la posibilidad de denegación de la cooperación cuando exista denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla. Asimismo, el apartado II señala que, a la vista de la importancia que en el mundo de la cooperación jurídica internacional tienen y tendrán las comunicaciones judiciales directas, la ley opta por habilitar a todos los órganos judiciales españoles para comunicarse sin intermediación con órganos jurisdiccionales de otros Estados dentro de los límites marcados por el respeto a los ordenamientos jurídicos de ambos Estados y a la independencia judicial.

Tras estas consideraciones iniciales, los apartados III a VIII de la exposición de motivos hacen referencia al contenido y estructura de la ley.

El apartado III de la exposición de motivos se refiere al contenido de una parte del título I de la ley, que regula el régimen general de la cooperación jurídica internacional y se aplica a las solicitudes de cooperación jurídica en materia de notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales y respecto a la obtención y práctica de prueba.

Como respuesta a la complejidad técnica inherente a la cooperación jurídica internacional, se designa al Ministerio de Justicia como autoridad central española, describiéndose sus funciones en el art. 8 de la ley.

Subraya la exposición de motivos que la ley viene a llenar un vacío interno derivado de la ausencia en España de un régimen legal común en este sector. El vigente régimen común interno de la cooperación jurídica internacional vendría dado por las previsiones del art. 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los arts. 276 a 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por las previsiones del Capítulo II del Título IV del Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. La ley integra y detalla la indicada normativa, y pasa así a cubrir de forma efectiva la remisión legislativa que hace el art. 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la legislación interna que resulte aplicable en defecto de normas de la Unión Europea y de tratados internacionales, mejorando la situación anterior, que se apoyaba en los arts. 276 a 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Este apartado III de la exposición de motivos continúa refiriéndose a las normas contenidas en el capítulo III del título I, que son comunes a la cooperación jurídica en el ámbito de las notificaciones y la obtención de pruebas, ocupándose de las vías de transmisión, el contenido mínimo de las solicitudes, el idioma y la tramitación, o los motivos de denegación, así como de la ejecución en el extranjero de diligencias procesales por funcionarios consulares y diplomáticos españoles y de otras cuestiones accesorias.

El apartado IV de la exposición de motivos se refiere a los capítulos IV, V y VI del título I, en los que se regulan los requisitos especiales relativos al ámbito de las notificaciones de documentos judiciales y

extrajudiciales y a la obtención de pruebas. Se subrayan algunas medidas en las que se aprecia la exigida simplificación de la regulación como la elección de los medios escogidos para la práctica de los actos de comunicación, notificación y traslado de documentos en el extranjero o la posibilidad de que las autoridades españolas remitan las comunicaciones directamente a sus destinatarios, en aras de facilitar la notificación. Igualmente, se citan las normas especiales sobre la práctica y obtención de pruebas en el extranjero que contiene el capítulo VI, donde se acude a criterios de simplicidad y subsidiariedad. En el terreno de la protección de datos, por último, se ha buscado un equilibrio razonable entre los principios de proporcionalidad y minimización, y la necesidad de evitar estándares excesivos que pudieran comprometer la necesaria fluidez del tráfico jurídico internacional.



El apartado V de la exposición de motivos hace referencia a la materia de prueba del derecho extranjero, en la que no se estima conveniente alterar el sistema vigente tras la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, sin perjuicio de especificar que, cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el derecho español, solución que se estima la más adecuada a la jurisprudencia constitucional. Asimismo, se clarifica la interpretación del valor probatorio de la prueba practicada con arreglo a los criterios de la sana crítica y se determina el valor de los informes periciales sobre la materia.

En lo relativo a la información sobre el Derecho extranjero, el apartado VI de la exposición de motivos explica que el sistema que se adopta es subsidiario, razón por la que se regula un proceso habilitante, pero simple y sencillo a la vez, de modo que permita obtener una hipotética respuesta. En este campo, dice la exposición de motivos, “no deben generarse falsas expectativas pues la regulación se aplica en defecto de norma convencional o europea y no hay garantía alguna de que las autoridades extranjeras accedan a proporcionar dicha información”.

La definición de los criterios adecuados en materia de litispendencia internacional y de conexidad es, según indica el apartado VII de la exposición de motivos, una exigencia ineludible, que se afronta aportándose un mecanismo en línea con las tendencias de la normativa de la Unión Europea, en particular del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para casos de procesos pendientes ante órganos jurisdiccionales de terceros Estados, cuyos criterios son generalmente admisibles en relación a las materias no incluidas en el citado instrumento.

El apartado VIII y último de la exposición de motivos se refiere a la regulación del proceso judicial de exequátur, que califica como “una de las piezas claves del texto y una de las áreas más necesitadas de reforma en nuestra legislación interna”. La nueva regulación viene a reemplazar a los artículos 951 a 958

de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (no derogados por la Ley 1/2000), cuyo contenido no se coordina con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha desbordado el tenor literal de tales preceptos, ni con las leyes especiales modernas o con la más autorizada doctrina. Para el diseño de un nuevo proceso judicial de exequátur se han tenido en cuenta las concreciones legislativas más recientes que surgen de la normativa de la Unión Europea, y de ejemplos puntuales de nuestra reciente normativa, contenidos en textos como la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.



La revisión del conjunto del sector del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que lleva a cabo el título V se califica en la exposición de motivos de especialmente adecuada en atención a dos consideraciones. En primer lugar, se estima adecuado optar por el mantenimiento de un procedimiento especial de exequátur que contrasta con lo establecido en los Reglamentos de la Unión Europea, en la medida en que el régimen contenido en la ley se aplicará a resoluciones originarias de países con los que no se mantiene ningún vínculo, y parece conveniente mantener ciertas cautelas antes de dar validez a las decisiones adoptadas por sus órganos jurisdiccionales. En segundo lugar, se clarifican la terminología y los conceptos, se detalla el tipo de resoluciones susceptibles de reconocimiento y ejecución y sus efectos, y se abordan las cuestiones del reconocimiento y ejecución parcial, incidental y la de las modificaciones de resoluciones extranjeras, modernizándose las causas de denegación, solventándose todas las carencias procesales que tiene el proceso actual.

La exposición de motivos destaca, asimismo, otros aspectos de la nueva regulación del exequátur, como la eliminación de la referencia a la apertura de un incidente conforme a lo establecido en los arts. 388 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, orientada a permitir que el reconocimiento de una resolución extranjera de forma incidental pueda llevarse a cabo de forma más ágil en el seno de cada procedimiento; la regulación, por primera vez, de la necesidad de adaptar las medidas contenidas en la sentencia extranjera que fueren desconocidas en el ordenamiento español; la posibilidad de modificación de resoluciones extranjeras firmes o definitivas que se refieran a materias que por su propia naturaleza son susceptibles de ser modificadas, como las prestaciones de alimentos, las decisiones sobre guarda y custodia de menores o las medidas de protección de menores e incapaces; la regulación de los motivos habituales para la denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras y las transacciones judiciales extranjeras; la inclusión de una norma especial en materia de reconocimiento de resoluciones extranjeras dictadas en procedimientos derivados de acciones colectivas, dada su cada vez mayor frecuencia; o la prohibición de la revisión en cuanto al fondo y el control de la ley aplicada, sin perjuicio del reconocimiento parcial.

A continuación, la exposición de motivos subraya que, en la medida en que la cooperación jurídica internacional debe abordar también el ámbito extrajudicial, en cuanto representa la normalidad de las relaciones jurídicas económicas y familiares, la ley dedica parte de su articulado a la ejecución y a la notificación y traslado de documentos públicos, singularmente notariales, así como a la inscripción en los Registros públicos españoles de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles de títulos extranjeros.

Por último, la exposición de motivos resume el contenido de las disposiciones finales.

El articulado del Anteproyecto se divide, como se ha indicado, en cinco Títulos.

El Título Preliminar, que contiene disposiciones generales, engloba los arts. 1 a 4, que tienen el siguiente contenido: el art. 1 define el objeto de la ley, estableciendo su aplicabilidad “en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo”; el art. 2 enumera las fuentes de la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, siendo la propia ley subsidiaria respecto de las normas de la Unión Europea y tratados internacionales, en primer lugar, y las normas especiales de derecho interno; el art. 3 regula el principio general favorable de cooperación; y el art. 4 se refiere a las comunicaciones judiciales directas.

El Título I contiene el régimen general de la cooperación jurídica internacional, y se divide en seis capítulos: – El Capítulo I contiene dos disposiciones generales: el art. 5, que define el ámbito de aplicación del título I, y el art. 6, sobre los efectos de los actos de cooperación jurídica internacional realizados por autoridades españolas. – El Capítulo II se refiere a la autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional, que se identifica en el art. 7 (Ministerio de Justicia), regulándose sus funciones en el art. 8. – El Capítulo III regula las solicitudes de cooperación jurídica internacional: el art. 9 enumera las vías de transmisión de las solicitudes; el art. 10 regula su contenido y sus requisitos mínimos; el art. 11 se refiere al idioma; el art. 12 regula la tramitación; el art. 13, el procedimiento de ejecución; y el art. 14 enuncia los motivos de denegación de una solicitud. El art. 15 se refiere al ejercicio por funcionarios diplomáticos y consulares españoles de diligencias procesales; el art. 16 contempla el desplazamiento al extranjero de Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales y funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y de otro personal; el art. 17 regula los medios técnicos y electrónicos; el art. 18 regula los gastos, costas y la asistencia jurídica gratuita; y el art. 19 contiene la normativa general en materia de protección de datos. – El Capítulo IV regula los actos de notificación y traslado de documentos judiciales, y comprende los siguientes artículos: art. 20, sobre el ámbito de aplicación del capítulo; art. 21, relativo a los medios de comunicación, notificación y traslado al extranjero; art. 22, se refiere a los medios de comunicación, notificación y traslado en España; art. 23, sobre la fecha de notificación o traslado; art. 24, que regula la incomparecencia del demandado; art. 25, que contiene reglas sobre el idioma; art. 26, relativo al certificado; y art. 27, sobre los emplazamientos y comunicaciones judiciales dirigidos a Estados extranjeros. – El Capítulo V (art. 28) regula los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales. – El Capítulo VI se refiere a la práctica y obtención de pruebas: el art. 29 define el ámbito de aplicación de las reglas de este capítulo; el art. 30 regula el contenido de la solicitud; el art. 31 describe el contenido de las diligencias de obtención de prueba; y el art. 32 se refiere a la práctica de la prueba.

El Título II (art. 33) del Anteproyecto regula la prueba del Derecho extranjero.

El Título III regula la información del Derecho extranjero, y comprende los siguientes preceptos: art. 34, sobre la información jurídica; art. 35, sobre las solicitudes de información de Derecho extranjero; y art. 36, sobre las solicitudes de información de Derecho español.

El Título IV regula la litispendencia y la conexidad internacionales, y se divide en tres capítulos: – El Capítulo I contiene disposiciones generales: el concepto de pendencia (art. 37) y el procedimiento (art. 38). – El Capítulo II (art. 39) se refiere a la litispendencia internacional. – El Capítulo III (art. 40) regula las demandas conexas.

El Título V tiene por objeto el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, la ejecución, el procedimiento judicial de exequátur, los documentos públicos extranjeros y la inscripción en registros públicos. Se divide en seis capítulos: – El Capítulo I contiene unas disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación de las normas contenidas en el Título V (art. 41) y sobre el procedimiento de exequátur en general (art. 42), así como la definición de una serie de términos a efectos de lo establecido en la ley (art. 43). – El Capítulo II se refiere al reconocimiento en España de resoluciones extranjeras: el art. 44 contiene reglas generales sobre este reconocimiento; el art. 45 se refiere a las resoluciones extranjeras susceptibles de modificación; el art. 46 enumera las causas de denegación del reconocimiento; el art. 47 contempla el caso de las acciones colectivas; el art. 48 regula la prohibición de revisión del fondo; y el art. 49 se refiere a la posibilidad de reconocimiento parcial. – El Capítulo III regula la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras (art. 50) y de transacciones judiciales extranjeras (art. 51). – El Capítulo IV regula el procedimiento judicial de exequátur o para la declaración del reconocimiento y la autorización de la ejecución: el art. 52 regula la competencia para conocer de las solicitudes de exequátur; el art. 53 regula la petición de asistencia jurídica gratuita en el proceso de exequátur; el art. 54 se refiere al proceso de exequátur; y el art. 55 regula los recursos. – El Capítulo V regula la ejecución de los documentos públicos extranjeros (art. 56), con una previsión expresa sobre la posibilidad de la adecuación de instituciones jurídicas extranjeras al ordenamiento español (art. 57). – El Capítulo VI se refiere a la inscripción en Registros públicos españoles de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros: el art. 58 contiene las disposiciones generales a estos efectos; el art. 59 regula el reconocimiento incidental en los Registros españoles de la propiedad, mercantil y de bienes muebles; el art. 60 se refiere a la inscripción de documentos públicos extranjeros; y el art. 61 se refiere a la posibilidad de adaptación de la resolución o documento.

La disposición adicional primera enumera las normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil a los efectos de lo previsto en el art. 2 del anteproyecto de Ley. La disposición adicional segunda prevé la aprobación de formularios normalizados por Orden del Ministro de Justicia a efectos de la aplicación de la ley. La disposición adicional tercera se refiere a la previsión de costes de las medidas incluidas en la norma, precisando que “no podrán suponer incremento de dotaciones ni de retribuciones ni de otros gastos de personal”.

La disposición transitoria única establece el régimen aplicable a los procesos en tramitación.

La disposición derogatoria única declara derogados los artículos 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, así como cuantas disposiciones se opongan a lo dispuesto en la ley.

La disposición final primera modifica la redacción del art. 27 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, relativo a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos. La disposición final segunda modifica las disposiciones finales vigésima quinta a vigésima séptima de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que pasan a ser vigésimo séptima, vigésimo octava y vigésimo novena, respectivamente, e introduce una nueva disposición final vigésima quinta, con “medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) n° 1215/2012, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, y una nueva disposición final vigésimo sexta, que contiene “medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) n° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesión mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo”. La disposición final tercera modifica el párrafo primero del art. 14 de la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946.



La disposición final cuarta regula el título competencial, disponiendo que la ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva en materia de legislación procesal atribuida al Estado por el art. 149.1.6ª de la Constitución, a lo que se exceptúan: – El capítulo VI del título V, que se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado con arreglo al art. 149.1.8ª de la Constitución en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, en lo que se refiere al Registro de la Propiedad y al Registro de Bienes Muebles, y al amparo de la competencia que corresponde al Estado con arreglo al art. 149.1.6ª de la Constitución en materia de legislación mercantil, en lo que respecta al Registro Mercantil. – La disposición final primera, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el art. 149.1.6ª y 8ª de la Constitución. – La disposición final tercera, que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de ordenación de los registros e instrumentos públicos, establecida en el art. 149.1.8ª de la Constitución. La disposición final quinta regula la entrada en vigor de la ley, que se producirá a los veinte días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Segundo.– El anteproyecto se acompaña de una memoria del análisis del impacto normativo, encabezada con una ficha resumen ejecutivo.

El primer apartado de la memoria versa sobre la oportunidad de la propuesta. En relación con la motivación, se afirma que el anteproyecto responde a la necesidad de dar solución a los complejos problemas de técnica jurídica que se suscitan en el ámbito de las relaciones internacionales, mediante una correcta y eficiente administración de Justicia, así como al mandato contenido en la disposición final veigesima de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que dispuso que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, el Gobierno remitiría un proyecto de ley de cooperación jurídica internacional que viniese a completar la regulación insuficiente en algunos aspectos y obsoleta en otros. En cuanto a los objetivos del anteproyecto, la memoria hace referencia a la creación de una norma omnicompreensiva que abarque todo tipo de cuestiones (notificación, práctica de prueba, exequátur, alegación y prueba del derecho extranjero), conforme a los estándares internacionales convencionales, de modo que se adopten soluciones ya recogidas en convenios internacionales. Igualmente, el anteproyecto supone una nueva perspectiva del papel del Estado en el ámbito de la cooperación jurídica internacional, a la hora de garantizar la tutela efectiva de los derechos, e implica una revisión de la acción unilateral de su actividad.

Por último, el primer apartado hace referencia a la alternativa que hubiera consistido en regular cada cuestión en leyes separadas, lo que incrementaría no solo la carga de trabajo de los órganos participantes, sino además la complejidad del ordenamiento, razón por la que se ha considerado que la elaboración de un único texto constituye la mejor opción, ya que se configura como instrumento marco que facilita el conocimiento y la aplicación de la normativa existente en este ámbito.

El segundo apartado de la memoria resume la estructura y contenido del anteproyecto; bajo la rúbrica “análisis jurídico” señala, en resumen, que el anteproyecto completa el vacío legal existente en materia de asistencia judicial internacional, actualiza la regulación existente y articula el mecanismo sencillo y ágil para la litispendencia internacional adaptando la regulación del nuevo Bruselas I Recast, subrayando el carácter residual y subsidiario que ha de tener la norma, respecto de tratados y convenios internacionales en vigor, así como la normativa sectorial específica.

Asimismo, el apartado segundo incorpora una descripción de la tramitación del anteproyecto, que ha sido elaborado por un Grupo de Trabajo de Expertos con participación de todas las instituciones públicas implicadas, y que ha sido informado por distintos órganos y entidades. La memoria da cuenta, en un detallado cuadro de valoración, de las observaciones realizadas en cada caso y de la decisión adoptada respecto a las mismas en el último texto del anteproyecto.



El tercer apartado tiene por objeto el análisis de impactos, que comienza precisando que el anteproyecto se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal. A continuación, se analiza el impacto económico y presupuestario. Respecto a la incidencia en los presupuestos públicos, afirma la memoria que, a la vista de ciertas previsiones expresas del texto (gastos y costas de solicitudes y comisiones rogatorias a cargo de las partes, sin obligación de la Autoridad Central española de asumirlos; gastos a costa del requirente en materia de comunicación, notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales y práctica de pruebas), “se considera que los medios existentes en la actualidad son suficientes para llevar a cabo las actuaciones que se prevén en el Anteproyecto”, gastos que se atenderán con la aplicación presupuestaria del Ministerio de Justicia destinada a “gastos jurídicos y contenciosos”. En cuanto a la incidencia en los ciudadanos, señala la memoria que el anteproyecto afectará muy favorablemente a los ciudadanos usuarios de la Administración de Justicia que formen parte de procedimientos en los que sea necesaria la cooperación entre Estados, cuyo número ha crecido, y a los profesionales de la Administración de Justicia destinados a su aplicación, contribuyendo también de forma notable a la confianza entre Estados miembros de la Unión Europea y a la integración profesional de estructuras administrativas, judiciales y cívicas, fomentando la cooperación entre autoridades y ciudadanos. Por último, se entiende que el anteproyecto no tendrá incidencia alguna en las cargas administrativas, dado que “no contempla obligaciones de naturaleza administrativa que deban llevar a cabo los ciudadanos para cumplir con lo dispuesto en él”, y carece de impacto por razón de género y en materia de discapacidad, “no existiendo desigualdades previas ni factores que puedan dificultar la participación equilibrada de hombres y mujeres”, sin perjuicio de las consecuencias positivas que en estos ámbitos tendrá la instaura-

ción de una cooperación jurídica internacional moderna y en línea con la existente en los países más avanzados.

Tercero.— Se han recabado informes de:

a) El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, que no formula observaciones (escrito de fecha 29 de julio de 2014).

b) El Consejo General del Poder Judicial (informe de 3 de octubre de 2014), que formula en primer término amplias consideraciones en relación al ámbito de aplicación del anteproyecto y su relación con el ordenamiento jurídico, manifestando igualmente su posición crítica respecto a la exigencia del principio de reciprocidad, observación ésta que ha sido atendida en la redacción final del anteproyecto. Formula, asimismo, observaciones puntuales a un gran número de artículos del anteproyecto. A algunas de ellas se hará referencia en el cuerpo del presente dictamen.

c) El Consejo Fiscal (informe de 20 de septiembre de 2014) ha formulado observaciones al Título Preliminar del anteproyecto (en particular, en relación con el principio de reciprocidad, ya eliminado del texto, cuyos supuestos de aplicación sugiere especificar mejor), al Título I (propone, por ejemplo, ampliar las funciones del Ministerio de Justicia como autoridad central, sugiere cambios en relación con el idioma de las solicitudes y observa la necesidad de aclarar la redacción de los arts. 28 y 29, entre otros), a los Títulos II y III (objeta, por ejemplo, la referencia al criterio de la sana crítica en la prueba del derecho extranjero y propone añadir nuevos medios posibles para dicha prueba en el art. 35, así como modificaciones en relación con los gastos que ésta implique), al Título IV (calificando de oportuna y adecuada la previsión de audiencia al Ministerio Fiscal en los supuestos de litispendencia y conexidad internacionales), al Título V (objeta la definición del ámbito de aplicación del exequátur en el art. 41 y sugiere que la intervención del Fiscal se produzca cuando haya sido incorporada no solo la demanda sino también los escritos de oposición), y a la disposición adicional primera, observando la conveniencia de añadir, al final de la lista de normas especiales aplicables en esta materia, un párrafo de carácter abierto, dada la existencia de anteproyectos de ley que deberán tener esa consideración.

d) El Colegio de Abogados de Madrid (informe de 25 de noviembre de 2014) subraya, en primer lugar, una serie de “aspectos positivos” del anteproyecto, como, por ejemplo, la designación del Ministerio de Justicia como autoridad central, el hecho de llenar el vacío existente en la actual regulación de la materia, el tratamiento de la ejecución en el extranjero de diligencias procesales por funcionarios diplomáticos y consulares españoles, la posibilidad de uso de medios tecnológicos para la práctica de las diligencias de comunicación o, por lo que se refiere al idioma, el hecho de permitir que los documentos se transmitan en un idioma que el destinatario entienda. A continuación, como “aspectos negativos” del anteproyecto destaca que deberían haberse revisado las normas de competencia judicial internacional de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señala que en la aplicación del Derecho extranjero no debería haberse otorgado tanta libertad a las partes para aplicar subsidiariamente el Derecho español, y se critica que no se haya regulado la *derogatio fori*. Por último, formula observaciones a los arts. 2, 9, 12, 15, 33, 39, 52 y 54.

e) El Consejo General de Procuradores de España (informe de 18 de noviembre de 2014) propone una serie de enmiendas a distintos artículos del anteproyecto (en particular, los artículos 9, 12, 17, 21 y 22), en orden a garantizar la participación de los procuradores o profesionales equivalentes en la transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional.

f) El Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (informe de 18 de noviembre de 2014) formula varias observaciones desde el punto de vista de la incidencia del texto en el ámbito de los Registros jurídicos. En relación con la disposición adicional primera y con las reglas de prueba del Derecho extranjero (art. 36), se subraya la necesidad de incluir, como normas especiales de aplicación preferente, las contenidas en la legislación hipotecaria en relación con esta materia; subraya ciertas discordancias entre las previsiones del anteproyecto en materia de inscripción de resoluciones y documentos públicos extranjeros y lo establecido en la Ley del Registro Civil; por último, critica la redacción del art. 61.

g) El Consejo General del Notariado (informe de 3 de diciembre de 2014) formula, en primer término, una serie de consideraciones generales, manifestando que comparte con el ministerio proponente la necesidad de dotar de una regulación actual e íntegra a las diversas actuaciones que deben desarrollarse en el ámbito de la cooperación jurídica internacional. A continuación, realiza observaciones en relación con cuestiones “que de modo directo afectan al quehacer de los notarios”, como los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales, la información del Derecho extranjero (sugiere que la figura del

notario debe mencionarse expresamente en el art. 35), la inscripción de documentos públicos extranjeros (art. 60), sugiriendo añadir la precisión de que el documento debe desplegar los mismos efectos que los exigidos para el documento español y que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trata.

h) La Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, que emitió el 6 de marzo de 2015 el informe sobre el contenido y tramitación del anteproyecto previsto en el art. 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, sin formular observaciones.

Cuarto.— Estando el expediente en el Consejo de Estado, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de marzo de 2015 se solicitó con carácter de urgencia el dictamen de la Comisión Permanente en el plazo máximo de 9 días hábiles.

Y, en tal estado de tramitación, se emite el presente dictamen con carácter urgente.

CONSIDERACIONES

Primera. Objeto

El expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en adelante, el Anteproyecto). El dictamen se solicita de conformidad con lo previsto en el art. 21.2º LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual el Consejo de Estado en Pleno debe ser consultado en relación con los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

En sentido estricto, las únicas normas del Anteproyecto que tienen por objeto la “ejecución, cumplimiento o desarrollo” del Derecho de la Unión Europea son las contenidas en su disposición final segunda, que introduce dos nuevas disposiciones finales en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con la finalidad de articular medidas para facilitar la aplicación en España de dos Reglamentos comunitarios. Por lo demás, el Anteproyecto tiene un carácter subsidiario, en el sentido de que sus disposiciones solo son aplicables en defecto de las normas de la Unión Europea y de los tratados internacionales sobre la materia en los que España es parte, así como de la legislación sectorial específica. Esa subsidiariedad implica también, no obstante, que la regulación contenida en el Anteproyecto podrá igualmente emplearse como marco común o general para todas las actuaciones de cooperación jurídica internacional en materia civil, al que pueda recurrirse como apoyo, aun en el ámbito de aplicación de normas europeas o tratados internacionales, cuando dicha normativa supranacional no contemple una determinada cuestión procedimental y siempre que la ley interna no sea contraria a lo establecido en las normas aplicables. En consecuencia, también desde esta perspectiva puede entenderse que el Anteproyecto procede, al menos parcialmente, a cumplir y desarrollar normas de la Unión Europea y tratados internacionales.

Por otra parte, hay que tener en consideración que, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 20 marzo 2015, se solicitó con carácter de urgencia el dictamen de este Consejo en el plazo máximo de 9 días hábiles. A este respecto, el art. 19 LO del Consejo de Estado dispone, en su ap. dos, que “si el plazo [de despacho con urgencia del dictamen] fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, sin perjuicio de que el Gobierno pueda requerir ulteriormente el dictamen del Pleno”.

A la vista de cuanto precede, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emite el presente dictamen con carácter urgente y preceptivo, de conformidad con lo previsto en los arts. 19 y 21.2º LO 3/1980, de 22 de abril, en su redacción por la LO 3/2004, de 28 de diciembre.

Segunda. Procedimiento

Desde el punto de vista procedimental, el expediente ha seguido la tramitación prevista en los arts. 22.2º y 3º Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El texto que se somete a consulta se acompaña de una anterior versión, junto con su memoria del análisis de impacto normativo, que ha sido actualizada con el último texto del Anteproyecto, de fecha 5 marzo 2015.

Tal y como ha quedado reseñado en antecedentes, se han incorporado al expediente los informes emitidos por el Colegio de Abogados de Madrid, el Consejo General de Procuradores de España, el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y el Consejo General del Notariado. También se ha recabado el informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial y, finalmente, el Anteproyecto ha sido informado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en cuanto departamento proponente. Por otra parte, señala la memoria que el Anteproyecto ha sido elaborado por un Grupo de Trabajo de Expertos con representación de todas las instituciones públicas implicadas y en el que, en concreto, han participado tres catedráticos de Derecho internacional Privado, representantes del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal, de la abogacía y de los procuradores, del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Sin embargo, el expediente no incorpora documentación alguna de esos trabajos previos.

Debe valorarse positivamente el análisis que lleva a cabo la memoria de las principales observaciones formuladas por los distintos órganos y entidades informantes, aunque hubiera sido deseable una exposición más detallada de los criterios o las razones que han llevado a rechazar algunas de sus propuestas o sugerencias.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado considera que la tramitación del expediente ha sido completa y correcta, permitiendo cumplir con su objetivo de tener en cuenta todos los puntos de vista y recabar contribuciones que aseguren la mejor preparación posible de la regulación legal proyectada.

Tercera. Consideraciones generales sobre el Anteproyecto

La cooperación jurídica internacional en materia civil, objeto del presente anteproyecto de Ley, es un instrumento indispensable para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. Cada vez con mayor frecuencia, esa tutela judicial presenta una vertiente internacional, pues, como consecuencia del incremento de los intercambios económicos y de los desplazamientos de personas entre distintos países, también son mayores los procedimientos con implicaciones que exceden del ámbito puramente interno. Por esta razón, la cooperación jurídica en materia civil (al igual que en el ámbito penal) ha sido objeto de una amplia regulación a nivel europeo y mediante convenios internacionales, bilaterales y multilaterales.



En relación con la regulación europea, hay que recordar que el art. 81 TFUE prevé que “la Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales”. Con esta base jurídica, y aun antes del Tratado de Lisboa, se han aprobado numerosos Reglamentos sobre materias variadas, desde los

Reglamentos “Bruselas I” y “Bruselas II” hasta el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, pasando por el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, o el Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, por no citar sino algunos ejemplos. Asimismo, la Unión Europea ha concluido varios Convenios internacionales con terceros Estados en este mismo ámbito de la cooperación en materia civil.

También los convenios y tratados internacionales concluidos por España son numerosos en esta materia. A título de ejemplo cabe citar el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965, sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, o el Convenio de La Haya de 18 marzo 1970, sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

Pese a esta nutrida normativa supranacional, siguen existiendo ámbitos donde resulta indispensable una regulación nacional de la cooperación jurídica internacional en materia civil: aquéllos en los que no resultan de aplicación las citadas normas europeas e internacionales, por afectar a terceros países o a materias no cubiertas por aquéllas.

Esa regulación nacional de la cooperación jurídica internacional en materia civil se encuentra hoy principalmente en una serie de normas de carácter sectorial que, para cada ámbito determinado, incorporan disposiciones de este tipo: es el caso de los arts. 199 a 230 de la Ley Concursal, 25 a 31 de la Ley de Adopción Internacional, 94 a 100 LRC, 67 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 46 de la Ley de Arbitraje y varios preceptos de la legislación hipotecaria, todas ellas citadas, a los efectos que después se expondrán, en la disposición adicional primera del Anteproyecto.

Ahora bien, para completar el cuadro regulatorio sigue faltando una ley interna de carácter general a la que pueda acudir con carácter supletorio respecto a la regulación europea e internacional y a las normas sectoriales. Ese papel lo desempeña en la actualidad una regulación incompleta y dispersa: por una parte, las normas –ya vetustas– contenidas en los arts. 951 a 958 LEC/1881; por otra parte, los arts. 276 a 278 LOPJ; y, por último, algunos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que trata cuestiones como la abstención de oficio de los tribunales españoles en caso de incompetencia judicial internacional o la prueba del Derecho extranjero.

El legislador español ha sido consciente de esta importante insuficiencia del ordenamiento, al menos desde la aprobación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. A la voluntad de colmarla respondió la elaboración, en 1997, de un primer anteproyecto de Ley de Cooperación Internacional en materia civil, que fue dictaminado por este Consejo el 4 diciembre 1997 (expediente n° 4.810/97), pero que no llegó a ver la luz. Fracasada esta primera iniciativa legislativa, tres años más tarde se aprovechó la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil para fijar al Gobierno un plazo improrrogable de seis meses para remitir a las Cortes Generales un nuevo proyecto de Ley (disposición final vigésima de la Ley 1/2000). La nueva Ley procesal civil dejaba transitoriamente vigentes –presumiblemente, hasta la aprobación de una Ley de cooperación– las disposiciones de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 reguladoras de la materia (los ya citados arts. 951 a 958). Sin embargo, el texto legal anunciado en la disposición final vigésima de la Ley 1/2000 no ha sido hasta hoy objeto de tramitación, y esas disposiciones de la Ley de 1881 han continuado formalmente vigentes aun quince años más.

No puede negarse, por tanto, que, como dice la exposición de motivos, el Anteproyecto da cumplimiento al mandato contenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. El extraordinario retraso en que se ha incurrido no debe impedir aplaudir esta esperada iniciativa legislativa, que no solo contribuirá a completar el ordenamiento español con la ley general anteriormente indicada, sino que también ayudará a modernizar instituciones que precisan ser adaptadas a las exigencias del actual contexto internacional.

Desde los primeros párrafos de la exposición de motivos, el texto subraya su carácter subsidiario, en la medida en que se da prioridad a la aplicación en esta materia de las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte, por un lado, y a las normas sectoriales

específicas existentes en el ordenamiento jurídico español, por otro lado, tal y como ya establece el art. 177 LEC (en redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial). Su ámbito de aplicación será, en principio, por tanto, prácticamente residual (así lo indica la memoria justificativa), pero no hay que olvidar que el Anteproyecto tiene también, como consecuencia de ese carácter subsidiario, una cierta vocación general, de modo que las autoridades españolas podrán eventualmente recurrir a sus preceptos como apoyo para la aplicación de las normas supranacionales, cuando resulte necesario y siempre que aquéllos no sean contradictorios con lo establecido en éstas. Ese alcance general se pone de manifiesto con especial intensidad en algunos artículos del Anteproyecto, como el art. 4, que, a decir de la exposición de motivos, tiene por objeto proveer de base normativa habilitante a las comunicaciones judiciales directas, ya previstas en algunas normas europeas y en convenios internacionales sobre esta materia, cuya aplicación facilitaría, por tanto, esta previsión legal. Por todo lo anterior, no estaría de más que ese carácter general quedase más subrayado en la exposición de motivos, que solo realiza a la misma alguna alusión indirecta al referirse al citado al art. 4.



Sin perjuicio de lo anterior, sin embargo, cabe afirmar que el texto sometido a consulta se aleja en líneas generales del modelo por el que se optó en la redacción del Anteproyecto de 1997, el cual trataba de articular en un único cuerpo legal tanto las medidas de Derecho interno necesarias para completar y posibilitar la aplicación en España de la regulación sobre esta materia contenida en las normas europeas y los acuerdos internacionales como normas internas autónomas aplicables en defecto de regulación convencional. El Consejo de Estado ya apuntó en su dictamen nº 4810/97 los inconvenientes de esa opción técnico-jurídica, particularmente “la dificultad de dar una adecuada respuesta jurídica a la compleja problemática derivada de la interacción formal entre Derecho internacional Privado de producción convencional y de producción interna” y el riesgo de que ciertas previsiones incurran en excesos “al extrapolar normas convencionales fuera del ámbito (homogéneo) de los Estados para los que están pensadas”.

El Anteproyecto contiene algunas medidas específicamente orientadas a facilitar la aplicación en España de dos Reglamentos europeos de cooperación jurídica en materia civil (el Reglamento (UE) nº 1215/2012 y el Reglamento (UE) nº 650/2012), pero éstas no figuran en el articulado de la futura Ley, sino en su disposición final segunda, que las incorpora al texto LEC, donde se incluirán a continuación de medidas también previstas para facilitar la aplicación de otros Reglamentos comunitarios (disposiciones finales vigésima quinta a vigésima séptima LEC, que pasarán a ser las nuevas disposiciones vigésimo séptima a vigésimo novena).

Desde esta perspectiva, por tanto, debe valorarse positivamente la técnica normativa empleada en la delimitación del ámbito de aplicación del Anteproyecto.

Lo anterior no impide, sin embargo, que, en determinados aspectos, la proyectada regulación interna se inspire en las soluciones adoptadas en las normas europeas e internacionales. Aunque es evidente que los supuestos regidos por la ley nacional demandan con frecuencia una solución distinta, en la medida en que en ellos no se parte de la existencia de una comunidad de Derecho o de la vigencia del principio de confianza mutua entre los Estados afectados, resulta conveniente dotar al sistema, en la medida de lo posible, de cierta unidad. Algunas de las principales novedades que incorpora el Anteproyecto están, así, en línea con ciertos estándares generales de la normativa internacional. Tal es el caso de la consagración de un principio general favorable a la cooperación, con abandono del principio de reciprocidad (art. 3), la habilitación general para comunicaciones judiciales directas (art. 4), o de determinadas reglas en materia de información y prueba del Derecho extranjero, por ejemplo.

La referida unidad del sistema de fuentes de la cooperación jurídica internacional en materia civil es, con todo, un objetivo difícil de alcanzar. La ausencia de una ley general sobre la materia se ha ido paliando por el legislador con la introducción de disposiciones en distintas leyes sectoriales, pero también con ciertas normas de carácter general, como las actualmente incluidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la LOPJ. En la medida en que la reforma de algunas de estas leyes está siendo actualmente tramitada en las Cortes Generales, se hace indispensable articular todas estas iniciativas legislativas en orden a lograr la deseada unidad y coherencia del sistema pues, como más adelante se expondrá en detalle, con frecuencia la regulación hoy vigente incurre en contradicción con el texto sometido a dictamen, sin que conste paralelamente la previsión de ninguna medida destinada a modificar o derogar algunas de esas disposiciones contradictorias. Esta falta de coordinación de la agenda legislativa, que el Consejo de Estado ha tenido recientemente la ocasión de criticar (dictamen nº 97/2015, de 5 de marzo), tiene en el presente caso un efecto particularmente negativo, pues la contradicción frontal de algunos de los preceptos del anteproyecto con normas de carácter de LO impediría, de no reformarse antes estas últimas, la aprobación de la Ley.

Cuarta. Observación general sobre la sistemática y la estructura del Anteproyecto

El Anteproyecto presenta algunos defectos en su sistemática y estructura interna, que dificultan su comprensión.

En primer lugar, el texto opta por tratar de forma indiferenciada los supuestos en los que las autoridades españolas ocupan, respectivamente, una posición activa y pasiva en la solicitud de cooperación jurídica, de modo que no siempre se distinguen claramente los preceptos destinados a regular los casos en los que son las autoridades españolas las que solicitan la cooperación de las autoridades extranjeras de aquéllos en los que se da la situación inversa. La solución consistente en tratar sistemáticamente ambos supuestos de forma separada para cada una de las cuestiones reguladas obligaría a incurrir en repeticiones innecesarias, por lo que es procedente descartarla como opción técnica; sin embargo, en aquellos casos en los que ni la redacción del precepto ni su contexto permiten deslindar fácilmente las reglas aplicables a cada supuesto, se hace necesario un tratamiento separado de las distintas hipótesis.

En segundo lugar, el Consejo de Estado estima también necesario llamar la atención sobre la estructura del Anteproyecto, en la cual se observan ciertos desajustes y desequilibrios.

El Título I, por una parte, adolece de una subdivisión excesiva, que podría simplificarse. Tiene por objeto el “régimen general de la cooperación jurídica internacional”, y consta de seis capítulos. Los tres últimos contienen disposiciones específicamente aplicables a los tres tipos de actos de cooperación jurídica internacional que allí se contemplan: los actos de notificación y traslado de documentos judiciales (Capítulo IV); los actos de notificación y traslado de documentos extrajudiciales (Capítulo V); y la práctica y obtención de pruebas (Capítulo VI). Los Capítulos I, II y III parecen contener, por el contrario, normas de carácter general aplicables a todos los tipos de actos que después se regulan de forma particular: el Capítulo I define el ámbito de aplicación del Título I (art. 5); el Capítulo II identifica al Ministerio de Justicia como autoridad central española en la materia (art. 7) y enumera sus funciones (art. 8); y el Capítulo III regula los requisitos generales aplicables a todas las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil (su transmisión, en el art. 9; contenido y requisitos mínimos, art. 10; idioma, art. 11; tramitación, art. 12; procedimiento de ejecución, art. 13; motivos de denegación, art. 14; etc.), sin perjuicio de los requisitos especiales aplicables a cada tipo de actos, de conformidad con lo establecido en los Capítulos IV a VI.

A la vista de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que sería preferible tratar en un solo capítulo, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, todas las que tienen este carácter, y que actualmente se agrupan en los Capítulos I, II y III.

Es más, en la medida en que alguna de esas normas de carácter general, contenidas en los arts. 1 a 19 del Anteproyecto resulte aplicable no solo a los actos específicos contemplados en los Capítulos IV a VI del Título I, sino también a los actos de cooperación jurídica internacional que contemplan los restantes Títulos del Anteproyecto, deberían tratarse en el Título Preliminar. Así, por ejemplo, parece evidente que la designación de la autoridad central española en materia de cooperación jurídica internacional (arts. 7 y 8) es una norma de carácter general, aplicable en relación con todos los actos que regula el Anteproyecto (véanse, por ejemplo, los arts. 35 y 36, en materia de información sobre Derecho extranjero).

Por otra parte, sería más acertado unificar los Títulos II y III, relativos, respectivamente, a la prueba y la información del Derecho extranjero, cuestiones que tradicionalmente son tratadas de forma paralela y entre las que existe una evidente conexión sustantiva que justifica la modificación sugerida.

Para finalizar, cabe también observar que, por razones de estilo, pero también en orden a una adecuada identificación del objeto del Anteproyecto a lo largo de todo su contenido, cada vez que en alguna de las rúbricas de los títulos o capítulos o en el propio articulado se hace referencia a la cooperación jurídica internacional, debería precisarse que se trata de la que se desarrolla “en materia civil”.

Sin perjuicio de todo lo anteriormente expuesto, en las observaciones al articulado que a continuación se formulan se realizarán otras propuestas que pueden también contribuir a simplificar la estructura del Anteproyecto, como unificar algunos artículos o dar nueva redacción a algunas de las rúbricas empleadas.

Quinta. Observaciones al texto del Anteproyecto

Se formulan a continuación una serie de observaciones concretas al texto consultado, siguiendo su propia sistemática.

A) Exposición de motivos

Sin perjuicio de algunas reiteraciones, la extensísima exposición de motivos con la que se inicia el anteproyecto de Ley merece una valoración general positiva, en la medida en que analiza de forma detallada el contenido del articulado, aportando explicaciones importantes para comprender su alcance; en todo caso, su exhaustividad está justificada por la novedad de la materia regulada. Se echa en falta, no obstante, alguna referencia al art. 24 CE, en la medida en que el derecho a la tutela judicial efectiva es, en último término, la razón de ser de la cooperación jurídica internacional en materia civil.

Al hilo de las observaciones al articulado se realizarán, cuando proceda, otras reflexiones en relación con los párrafos correspondientes de la exposición de motivos.

B) Art. 2 y disposición adicional primera

El art. 2 del Anteproyecto contiene la enumeración de las fuentes por las que se rige la cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, a saber: “a) Las normas de la Unión Europea y los tratados internacionales en los que España sea parte. b) Las normas especiales del derecho interno c) Subsidiariamente por la presente ley”.

El precepto consagra el carácter subsidiario de la norma, al que ya se ha hecho amplia referencia en las consideraciones generales. De acuerdo con la exposición de motivos, ese carácter subsidiario viene determinado por los principios de primacía del Derecho de la Unión en el caso de las normas europeas y los tratados internacionales, y por el principio de especialidad respecto a la normativa especial. A juicio del Consejo de Estado, la cita del principio de jerarquía normativa resulta incorrecta en relación con los tratados internacionales, cuya relación con la ley nacional no suele definirse en tales términos, sino por referencia a su primacía o prevalencia, al igual que ocurre con las normas europeas. Con tal motivo, debería modificarse este inciso de la exposición de motivos, reemplazándose la invocación de “los principios de jerarquía normativa y primacía del Derecho de la Unión” por una referencia general al principio de primacía (“Dicho carácter (...), en virtud del principio de primacía, da prioridad a la aplicación en esta materia de...”).

En relación con la aplicabilidad de las normas especiales, el Anteproyecto trata de ser algo más concreto, señalando en su disposición adicional primera que, “a los efectos de lo previsto en el art. 2 de esta ley” (podría, con mayor precisión, hacer referencia al art. 2.b)), “tienen la consideración de normas especiales en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil, entre otras, las siguientes:...”. La enumeración que a continuación se inserta no pretende tener, por tanto, un carácter exhaustivo, lo que justifica su inclusión en una disposición adicional, en lugar de en el art. 2; pese a ello, contribuye a garantizar un mayor grado de seguridad jurídica en una materia que adolece de gran dispersión normativa.

En el elenco de normas sectoriales citadas en esta disposición adicional primera no se cita ninguna relativa a la cooperación jurídica internacional en el ámbito de las solicitudes de obtención de alimentos o la sustracción internacional de menores, materias que, sin embargo, aparecen expresamente mencionadas, junto a otras que sí encuentran su encaje en la disposición adicional, en la exposición de motivos: “No se abordan por lo tanto en esta ley, por referencia a normativas sectoriales más específicas y dado el carácter de marco general de la presente norma, por ejemplo, la regulación de actos de cooperación para facilitar la presentación de demandas, procesos concursales extranjeros, asistencia jurídica gratuita internacional, solicitudes de obtención de alimentos, tutela cautelar en sentido amplio o sustracción internacional de menores, en cuanto son materias que tienen un mejor encaje en normativa legal específica y especializada, y ello sin perjuicio de aplicar a tales materias la presente normativa con carácter subsidiario”.



En la medida en que pueda confirmarse que no existe ninguna norma sectorial, ya en vigor o en tramitación, que tenga por objeto la cooperación jurídica internacional en estos dos ámbitos, y sin perjuicio de que en el futuro tales cuestiones puedan ser objeto de una regulación susceptible de considerarse incluida en las “normas especiales de Derecho interno” del art. 2.b), por razones de seguridad jurídica convendría eliminar la referencia a aquéllas en el párrafo reproducido de la exposición de motivos.

Por último, la disposición adicional primera y el art. 2 del Anteproyecto son también susceptibles de varias observaciones de carácter estrictamente formal:

- En el art. 2, en primer término, cabe subrayar la ausencia de punto final en la letra b), donde el término “derecho” debería, además, escribirse con d mayúscula. Por otra parte, en la letra c) ha de señalarse la conveniencia de añadir una coma detrás de “subsidiariamente”.

- En la disposición adicional primera, deberían homogeneizarse las citas de las normas especiales. Así, no hay razón aparente para precisar, en la letra a), que los artículos de la Ley Concursal allí citados “constituyen el título IX, “de las normas de Derecho internacional Privado””, y también puede eliminarse la referencia que se hace en la letra d) (donde, por lo demás, el término “ley” debe ir en mayúsculas) a la redacción del art. 67 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios “dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo”. La supresión de esa precisión evitará desajustes en caso de que el precepto sea objeto de otra modificación en el futuro y, en todo caso, su inclusión resulta disonante en relación con el resto de las citas normativas que realiza el precepto.

Esa misma falta de homogeneidad se percibe en la referencia que la letra g) hace a “las normas de Derecho internacional privado en su caso contenidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria”. Como se indicó en las consideraciones de carácter general, la tramitación del presente anteproyecto de Ley se solapará muy probablemente con la de otros textos normativos con una importante incidencia en la materia aquí tratada. Tal es el caso del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 5 septiembre 2014 (número 112–1), y cuyo texto contiene diversas disposiciones en materia de cooperación jurídica internacional. En la medida en que esta Ley se apruebe con anterioridad a la que es objeto del presente Anteproyecto, debería procurarse que la versión final de esta última incorporase la denominación oficial de la Ley finalmente adoptada y la cita precisa de los artículos procedentes. La mención “en su caso” deberá igualmente eliminarse, pues genera un elevado grado de inseguridad jurídica.

C) Art. 3

El art. 3 del anteproyecto comienza consagrando (ap. 1) un principio general de cooperación con las autoridades extranjeras, en línea con lo ya dispuesto en el art. 18.1º Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y Servicio Exterior del Estado. De conformidad con este principio, el ap. 4 del art. 3 establece que “todas las solicitudes de cooperación jurídica internacional se llevarán a cabo y ejecutarán sin dilación, de acuerdo con los principios de flexibilidad y coordinación”.

Pero lo más destacable del precepto aquí comentado es, sin duda, la renuncia a matizar la aplicación práctica de ese principio de cooperación con la tradicional regla de la reciprocidad, que sí recogía el primer borrador del Anteproyecto.



En el dictamen sobre el anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 1997, el Consejo de Estado tuvo ya ocasión de subrayar que “la concepción de reciprocidad negativa como condición obstativa de la cooperación española y su aplicación sin discriminación no está en línea con las últimas tendencias doctrinales y legislativas occidentales. Someter a condición de reciprocidad en el Estado de origen o requirente, según los casos, la decisión sobre la eficacia de las resoluciones extranjeras o la concesión del acto de cooperación significa, en definitiva, hacer prevalecer viejas concepciones acerca de la soberanía de los Estados y de los intereses estatales sobre los intereses de los sujetos privados que actúan en el tráfico internacional. Como viene señalando la doctrina más autorizada, la exigencia de reciprocidad (incluso en su más benigna interpretación de ausencia de reciprocidad negativa) en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia de Derecho Privado no sirve a ninguna finalidad específica. Por tal vía no se puede proteger a nacionales españoles ni a domiciliados en España. Quizás lo único a lo que se puede aspirar con ello es a “convencer” a los legisladores o jueces de otros Estados para que procedan a dar eficacia a las sentencias o requerimientos de cooperación españoles. Y para ello se utiliza un arma desproporcionada, que padecen en última instancia los sujetos privados españoles o no, domiciliados en España o no, pues la peculiar “armonía de decisiones” que puede conseguirse con tal práctica hará que en ninguno de los Estados implicados se dé cumplimiento a las sentencias o requerimientos de cooperación del otro”.

El Consejo de Estado no puede hoy sino reiterar las afirmaciones que realizó en su dictamen de 4 diciembre 1997. En el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia civil, el principio de reciprocidad responde a una concepción sancionadora que, en último término, redundará más en un perjuicio para los ciudadanos afectados que para el Estado extranjero implicado, que no siempre se verá incitado a cambiar su posición. El abandono del principio de reciprocidad aparece así como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva, objetivo último de la cooperación jurídica internacional.

Ahora bien, el Anteproyecto no lleva a cabo una renuncia total a la aplicación del principio de reciprocidad. El ap. 2 del art. 3 dispone que, pese a no exigirse ésta, “el Gobierno podrá, mediante RD, establecer que las autoridades españolas no cooperarán con las autoridades de un Estado extranjero cuando exista una denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades de dicho Estado”. Esta cláusula de salvaguarda, junto con otras previsiones del Anteproyecto como las autorizaciones de denegación de la cooperación solicitada en caso de que ésta sea contraria al orden público (art.

14.1), permiten exceptuar la aplicación del principio de cooperación consagrado en el art. 3.1 en caso de determinadas circunstancias que cabe calificar de excepcionales.

El Consejo de Estado considera que la solución adoptada por el Anteproyecto en este punto resulta acertada, en la medida en que permite una mayor flexibilidad en la respuesta del Estado y un más adecuado equilibrio entre la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a los principios básicos que rigen las relaciones internacionales.

Ha de llamarse la atención, sin embargo, sobre la contradicción frontal de lo previsto en el art. 3.2º del Anteproyecto con los arts. 277 y 278 LOPJ, que consagran de forma expresa la vigencia del principio de reciprocidad en este ámbito de la cooperación jurídica internacional, con carácter subsidiario respecto a lo establecido en acuerdos internacionales. Se da aquí un ejemplo palmario de la ya aludida descoordinación entre las distintas iniciativas legislativas que afectan a esta materia pues, aun existiendo un proyecto de LO por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, actualmente en tramitación parlamentaria (Proyecto publicado en el BOCG el 6 marzo 2015, Serie A, nº 134– 1), no se prevé en el mismo la introducción de cambio alguno en estos dos artículos. En la medida en que los mismos tienen naturaleza de LO y la norma que aquí se dictamina tendrá carácter de ley ordinaria, no cabe entender que aquélla opera una derogación implícita en este punto.

El cambio de criterio legislativo en relación con el principio de reciprocidad que se pretende llevar a cabo exigirá, por tanto, la previa modificación (o la derogación) de los referidos preceptos de la LOPJ, reforma que, por la inaceptabilidad de incrustaciones de LO en una ley que no lo es, y para evitar un incremento de la ya excesiva dispersión normativa de que adolece la regulación procesal civil, debería efectuarse en la futura LO de reforma de la Ley 6/1985, ahora en tramitación, de modo que el nuevo criterio esté ya recogido en ésta cuando se produzca la entrada en vigor del art. 3 de la Ley cuyo anteproyecto ahora se dictamina. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3º del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Para finalizar, cabe subrayar, desde un punto de vista estrictamente formal, que la redacción del primer ap. del art. 3 es susceptible de una pequeña mejora. Dispone literalmente el precepto en cuestión que “las autoridades españolas cooperarán con las autoridades extranjeras en las materias objeto de esta ley conforme a lo establecido en el artículo anterior”. En la medida en que el art. 2 no contiene, como se ha expuesto, sino una enumeración de las fuentes aplicables en esta materia, sería más adecuado efectuar la remisión en los siguientes o similares términos: “con arreglo a lo establecido en las normas indicadas en el artículo anterior”.

D) Art. 4

El Consejo de Estado comparte la necesidad de habilitar expresamente a los órganos jurisdiccionales españoles para el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, previstas ya en el Reglamento (UE) nº 2201/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y en el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, por ejemplo. Esta disposición del Anteproyecto contribuye a flexibilizar, agilizar y modernizar el sistema de cooperación jurídica internacional a la vista de las facilidades que ofrecen los nuevos medios de comunicación, en todo caso dentro del necesario respeto a la legislación en vigor en cada Estado, así como a la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados y a los derechos de defensa de las partes (art. 4.3º).

Se hace necesario advertir, sin embargo, que la eficacia de esta habilitación general podría verse comprometida en la práctica como consecuencia de otras disposiciones del Anteproyecto que parecen entrar con ella en una contradicción frontal. Es el caso de lo dispuesto en los arts. 12.2º, 35 y 36, a cuya redacción se formulará más adelante la correspondiente observación.

Asimismo, la posibilidad de comunicaciones judiciales directas en este ámbito parece parcialmente desmentida por lo previsto en el art. 276 LOPJ, en el que se dispone que “las peticiones de cooperación internacional serán elevadas por conducto del Presidente del Tribunal Supremo, del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia al Ministerio de Justicia, el cual las hará llegar a las Autoridades competentes del Estado requerido, bien por la vía consular o diplomática o bien directamente si así lo prevén los Tratados internacionales”, lo que parece excluir toda posibilidad de contacto directo. Al igual que se ha observado anteriormente en relación con lo establecido en los arts. 277 y 278 de la misma LO, resulta imperativo coordinar también en este punto la presente iniciativa legislativa con el Proyecto de Ley, actual-

mente en tramitación parlamentaria, de reforma de la LOPJ, que debería modificar también el tenor del art. 276 (cuya redacción queda inalterada en el texto publicado en el BOCG el 6 marzo 2015). En otro caso, la previsión del art. 4 del Anteproyecto no podría aprobarse, dada su contradicción frontal con lo dispuesto en una LO. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3º del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Desde una perspectiva formal, el Consejo de Estado considera que la redacción del art. 4 resulta excesivamente compleja y reiterativa. Es innecesario, por una parte, dividir el precepto en tres apartados tan breves, cuyo contenido podría perfectamente tratarse en un único apartado, ganando además en claridad. Por otra parte, el orden de lo establecido en los aps. 1 y 2 debería invertirse. En resumen, el art. 4 podría contar con un solo apartado, con un tenor similar al siguiente: “Los órganos jurisdiccionales españoles estarán habilitados para el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, respetando en todo caso la legislación en vigor en cada Estado. Se entiende por comunicaciones judiciales directas aquéllas que tienen lugar entre órganos jurisdiccionales nacionales y extranjeros sin intermediación alguna. Tales comunicaciones no afectarán ni comprometerán la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados ni los derechos de defensa de las partes”.



E) Arts. 7 y 8

La designación del Ministerio de Justicia como autoridad central española en este ámbito operará en defecto de previsión expresa en las normas europeas o en los tratados internacionales que resulten aplicables, opción que puede justificarse por razones de especialización material y que no ha sido objetada en el expediente. El Ministerio de Justicia es también frecuentemente designado como autoridad central por España en los acuerdos internacionales concluidos en la materia. El art. 7 del Anteproyecto debería precisar, no obstante, que esa designación se hace en relación con la cooperación jurídica internacional “en materia civil”.

En cuanto al contenido del art. 8, en el que se enumeran las funciones del ministerio como tal autoridad central, debería incluirse también, paralelamente a lo dispuesto en la letra e) del art. 8 y de conformidad con lo establecido en los arts. 34 y 35, la tarea consistente en facilitar a las autoridades españolas el acceso al Derecho extranjero.

Desde un punto de vista formal, por último, no consta la razón por la que los arts. 7 y 8, relativos a la autoridad central española y sus funciones, se integran en el Título I del Anteproyecto, en lugar de en su Título Preliminar. Sin perjuicio de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que ambos artículos podrían refundirse en uno solo que tuviera por rúbrica “Autoridad central española”, cuyo primer ap. contuviera su designación (contenido del actual art. 7) y el segundo, la enumeración de sus funciones (art. 8).

F) Art. 9

El art. 9, primero del capítulo dedicado a las reglas generales sobre las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil (precisión esta última que, como ya se indicó, ha de incorporarse tanto en la rúbrica del Capítulo III como en el texto de este art. 9), establece que:

“Las solicitudes de cooperación jurídica internacional se transmitirán: a) Por la vía consular o diplomática. b) A través de las respectivas autoridades centrales. c) Directamente entre los órganos jurisdiccionales, si estuviera previsto en el ordenamiento jurídico de ambos Estados. d) Por conducto notarial, si ello es compatible con la naturaleza del acto de cooperación y estuviera previsto en el ordenamiento jurídico de ambos Estados”.

El Consejo de Estado comparte la oportunidad de designar esta pluralidad de cauces para la cooperación, si bien estima conveniente modificar la redacción del artículo en distintos puntos. En lugar de preceptuar “se transmitirán” antes de reproducir las distintas vías existentes al efecto, sería preferible, para evitar toda impresión de jerarquización o prioridad entre las mismas, establecer en su lugar que “las solicitudes de cooperación jurídica internacional en materia civil podrán transmitirse por cualquiera de las siguientes vías”. En este mismo párrafo introductorio debería también añadirse, a continuación, “siempre que estuvieran previstas en el ordenamiento jurídico de ambos Estados”. Ello evitaría tener que repetir tal condición en cada uno de los casos pues, tal y como se desprende del art. 12.1º, la misma puede también resultar relevante en el supuesto de transmisión de la solicitud a través de las autoridades centrales.

G) Art. 10

El ap. 1 del art. 10 regula el contenido y los requisitos mínimos que deben tener las solicitudes de cooperación jurídica. En su ap. 2 se establece que “la autoridad central española comprobará que la solicitud de cooperación reúne el contenido y los requisitos que señala el ap. anterior. Cuando la solicitud no reúna tales requisitos, se devolverá a la autoridad requirente, indicando los motivos concretos de la devolución”.



En ausencia de precisión al respecto, y dada la técnica normativa por la que a este respecto opta el Anteproyecto, hay que entender que los requisitos del art. 10.1º no solo son exigibles respecto a las solicitudes provenientes de autoridades extranjeras, sino que también se imponen a las que formulen autoridades españolas con destino al exterior. Mayores dudas suscita, sin embargo, el ap. 2 del artículo, pues el control por la autoridad central que éste preceptúa no parece que pueda imponerse en todos los casos de solicitudes formuladas por autoridades españolas; ello sería contrario al tenor del art. 9, que permite la transmisión de la solicitud por varias vías que no requieren la intermediación del Ministerio de Justicia. De ello cabe deducir, por tanto, que el ap. 2 del art. 10 a diferencia de su ap. 1, solo es aplicable en el caso de solicitudes formuladas por autoridades extranjeras. Sin embargo, al hacerse un tratamiento indiferenciado de ambos supuestos, la redacción puede inducir a confusión, por lo que, de confirmarse esta interpretación, habría que precisar este extremo en el ap. 2.

H) Art. 11

El art. 11 se refiere a un requisito de las solicitudes no contemplado en el art. 10: el relativo al idioma. En este caso, el Anteproyecto sí diferencia claramente la regla aplicable a las solicitudes dirigidas a una autoridad extranjera, tratadas en el ap. 1, de la relativa a las solicitudes dirigidas a las autoridades españolas, a las que se dedica el ap. 2.

La redacción de este ap. 2, que exige una traducción de la solicitud y de sus documentos adjuntos con arreglo a lo dispuesto en el art. 144 LEC, suscita algunos interrogantes. En la medida en que este requisito no está incluido en el art. 10.1º, la falta de la traducción no permitiría devolver la solicitud a efectos de su subsanación con arreglo al art. 10.2º, que solo se refiere a “los requisitos que señala el ap. anterior”, sino que abriría directamente la puerta a la denegación, respuesta que podría resultar desproporcionada. Para evitarlo, habría que incluir la correspondiente precisión en el art. 10.2º o en este mismo art. 11.2º.

I) Art. 12

El art. 12 regula la tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional.

Para el caso de las solicitudes acordadas por autoridades españolas, el ap. 1 dispone que “se enviarán mediante oficio a la autoridad central española que las transmitirá a las autoridades competentes del Estado requerido bien por vía diplomática o consular bien a través de la autoridad central de dicho Estado si existiere y a ello no se opusiere su legislación. Podrán asimismo remitirse directamente a las autoridades competentes del Estado requerido si ello estuviere previsto en su legislación”. La redacción de este primer apartado suscita algunas dudas acerca de su articulación con lo previsto en el art. 9 del Anteproyecto. La segunda frase del precepto podría cubrir más claramente las restantes vías de transmisión de las solicitudes previstas en dicho art. 9 con la siguiente modificación en su redacción: “Podrán asimismo remitirse directamente por las autoridades españolas a las autoridades competentes del Estado requerido, de acuerdo con lo previsto en el art. 9, si ello estuviere previsto en su legislación”.

Por lo demás, esta norma de tramitación del art. 12.1º entra en contradicción con lo dispuesto en la vigente redacción del art. 276 LOPJ que, como ya se observó, debería ser objeto de modificación o derogación antes de la entrada en vigor de la norma aquí dictaminada (véanse las observaciones al art. 4). Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3º Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

El ap. 2 del art. 12 se refiere a la tramitación de las solicitudes de cooperación jurídica internacional acordadas por autoridades extranjeras, que “se transmitirán a la autoridad central española que las remitirá a las autoridades competentes para su ejecución”. Al exigir en todo caso la intervención del Ministerio de Justicia para la transmisión a la autoridad española competente de una solicitud de cooperación jurídica internacional, esta previsión resulta incoherente con la habilitación general para comunicaciones judiciales directas contenida en el art. 4. Para evitarlo, el art. 12.2º debería iniciarse con la siguiente salvedad: “Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas,...”.

J) Art. 14

El art. 14 incurre en una nueva contradicción con lo establecido en la vigente redacción de la LOPJ, cuya redacción en este punto no se modifica en el Proyecto de LO de reforma de dicha norma publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales.

En el presente caso, la discordancia se da entre el art. 14.1º del Anteproyecto y el art. 278 de la LOPJ. Ambos preceptos enumeran los motivos tasados por los que las autoridades judiciales españolas pueden denegar una solicitud de cooperación jurídica internacional. Aunque las listas de motivos contenidas en estos dos preceptos son en líneas generales iguales, la mera existencia de dos normas reguladoras de la misma cuestión resulta perturbadora, y, como ya se indicó, el art. 278 toma como premisa, a diferencia del Anteproyecto, la aplicación del principio de reciprocidad, lo que amplía de hecho las causas de denegación. Debe, por tanto, insistirse de nuevo en la necesidad de modificar o derogar el citado precepto de la LOPJ como requisito ineludible para la validez de esta previsión del Anteproyecto. Esta observación se formula con carácter esencial a efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el RD 1674/1980, de 18 de julio.

Al margen de lo anterior, entiende el Consejo de Estado que la coherencia interna del texto sometido a dictamen exige incluir en la lista de motivos de denegación una referencia al supuesto de aplicación excepcional del principio de reciprocidad que prevé el art. 3.2º, para los casos de denegación reiterada de cooperación o prohibición legal de prestarla por las autoridades del Estado solicitante.

K) Art. 15

El art. 15 se refiere al ejercicio por funcionarios diplomáticos y consulares españoles de diligencias procesales, estableciendo lo siguiente en su ap. 1: “Las diligencias que resulten de un procedimiento tramitado ante la autoridad judicial española podrán ser ejecutadas por funcionario diplomático o consular español siempre que no impliquen coacción, la ley española no requiera de modo inexcusable la presencia de autoridad judicial, hayan de realizarse en la demarcación consular y a ello no se oponga la legislación del Estado receptor”.

El Consejo de Estado no tiene nada que objetar a esta previsión, si bien considera conveniente incluir la precisión de que las diligencias podrán ser ejecutadas “en el extranjero”, lo que permitirá aclarar el supuesto de hecho del precepto.

Por lo demás, el Consejo de Estado comparte la sugerencia, formulada por el Consejo Fiscal, de añadir una declaración recíproca de admisión de la situación inversa para el caso de que la legislación extranjera prevea ese supuesto habilitante a favor de sus propios funcionarios diplomáticos o consulares. Esto es, se

trata de autorizar la práctica de diligencias procesales en suelo español por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros habilitados para ello por su propia legislación, cuando tales diligencias resulten de un procedimiento tramitado ante una autoridad judicial extranjera y, en todo caso, con las mismas caute-las fijadas en el art. 15.1º de objeción al uso de la coacción e inexistencia de oposición por parte de la legislación española (en cuanto legislación del Estado receptor). Se trata, en definitiva, de extender la aplicación del art. 5.j) de la Convención de Viena de 24 abril 1963 sobre relaciones consulares a supues-tos en los que dicho acuerdo internacional no resulta aplicable.

El ap. 2 del art. 15 prevé la doble intermediación del Ministerio de Justicia (como autoridad central es-pañola) y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación para hacer llegar al funcionario diplo-mático o consular español la correspondiente diligencia. No parece indispensable la intervención de dos autoridades nacionales, que puede ralentizar la realización de este tipo de diligencias procesales.

L) Art. 16

En cuando a la rúbrica del art. 16, cabe advertir que la referencia a los “Secretarios Judiciales” deberá adaptarse en sede parlamentaria, de aprobarse en sus términos la reforma de la LOPJ actualmente en tramitación parlamentaria, a la nueva denominación prevista para los miembros de este Cuerpo, que pasa-rían a calificarse “Letrados de la Administración de Justicia”.

M) Arts. 21 y 22

El art. 21 del Anteproyecto establece que los órganos jurisdiccionales españoles podrán transmitir soli-citudes de notificación y traslado de documentos al extranjero:

“a) A través de la autoridad central española que las hará llegar a las autoridades competentes del Es-tado requerido por vía consular o diplomática o a través de su autoridad central, conforme a lo previsto en el art. 12.1º. b) Directamente a la autoridad competente del Estado requerido conforme a lo previsto en el art. 12.1º de esta ley”. Tal y como se observó en relación con el art. 12.1º, la redacción de este precepto plantea dudas sobre su coordinación con lo establecido en el art. 9 del Anteproyecto, en el que se prevén otras vías de transmisión de la solicitudes de cooperación (como el conducto notarial o la vía consular o diplomática, sin intermediación de la autoridad central). El art. 20 del Anteproyecto establece que “el presente capítulo (el Capítulo IV del Título I, relativo a los actos de notificación y traslado de documentos judiciales) regula los requisitos especiales aplicables a los actos de notificación y traslado de documentos judiciales que deban ser remitidos desde España a un Estado extranjero o desde un Estado extranjero a España”, sin perjuicio, parece deducirse, de las reglas generales contenidas en los anteriores capítulos, entre ellas el art. 9. Tanto en el caso del art. 12.1º como en este art. 21.1º, por tanto, se hace necesario aclarar si la enumeración general de vías de transmisión de solicitudes de cooperación del art. 9 resulta o no de aplicación, pues el tenor de aquellos preceptos resulta en algunos puntos incompatible con lo esta-blecido en éste.

La misma observación puede formularse en relación con el art. 22, relativo a la práctica de notificación y traslado de documentos judiciales en España que provengan de una autoridad extranjera.

N) Art. 24

El art. 24 del Anteproyecto regula las consecuencias de la incomparecencia del demandado tras la re-misión de un escrito de demanda o documento equivalente a otro Estado para su notificación o traslado. De su contenido se desprende que el precepto es únicamente de aplicación para los casos de notificación y traslado en el extranjero de documentos emitidos por autoridades judiciales españolas, por lo que podría ser más claro incluirlo en el art. 21.

El ap. 1 de este art. 24 prevé, para este supuesto, la suspensión del procedimiento, y el ap. 2 añade que “transcurridos seis meses desde la fecha de envío del documento, la autoridad competente proveerá a instancia de parte interesada aun cuando no haya podido certificar que la notificación ha tenido lugar”. El Consejo de Estado coincide con la observación realizada por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que, si bien la previsión de este ap. es importante para garantizar la tutela judicial del deman-dante, convendría establecer un plazo más amplio al de seis meses allí previsto. Ciertamente, ese mismo plazo se establece, para supuestos equivalentes, en el Convenio de La Haya de 15 noviembre 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, y en el Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviem-bre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; fuera del ámbito convencional y europeo, sin embargo, es probable que las dificultades para la notificación sean mayores.

Ñ) Art. 25

El art. 25 se refiere a la lengua de los documentos objeto de notificación o traslado al extranjero, estableciendo que, sin perjuicio de lo que pueda exigir la ley del Estado de destino, deberán acompañarse de una traducción a la lengua oficial de dicho Estado “o a una lengua que el destinatario entienda”.

Tal y como ha subrayado el Consejo General del Poder Judicial en su informe, esta última previsión podría conculcar el derecho de defensa del destinatario si éste finalmente no entendiese la lengua –distinta de la oficial– empleada en la traducción que se le transmite. El art. 8 del Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 noviembre 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, en el que parece inspirarse esta disposición del Anteproyecto, atribuye al destinatario el derecho a negarse a aceptar el documento por este motivo (art. 8), posibilidad que en el caso previsto en el Anteproyecto podría quedar al albur de lo establecido en el ordenamiento del Estado de destino, al que con acierto se hace referencia en el art. 25.1º pues, en todo caso, la transmisión de un documento no traducido solo será posible si aquél lo permite. Por ello, aun considerando acertado, por razones de economía procesal, articular esta posibilidad, considera el Consejo de Estado que debería acompañarse de alguna cautela adicional. El propio ap. 2 del art. 25 parece aludir a la existencia de algún requisito cuando, al contemplar esta posibilidad para el caso inverso (si la comunicación proviene de autoridades extranjeras y se dirige a un destinatario en España), establece que los documentos podrán ir acompañados de una traducción a una lengua que el destinatario entienda “en los términos establecidos en el ap. anterior”. El art. 25.1º del Anteproyecto debería exigir, en consecuencia, que la autoridad judicial que decida notificar o trasladar los documentos en cuestión en una lengua distinta de la oficial “que el destinatario comprenda”, deberá motivar expresamente su decisión con referencia, por ejemplo, a la solicitud expresa del interesado de empleo de dicha lengua, o a la existencia de actuaciones previas en las que éste haya demostrado su comprensión de la misma. Asimismo, el citado precepto podría incorporar, como garantía, la aludida facultad del destinatario de rechazar el documento transmitido alegando no entender la lengua empleada.

Por lo demás, desde un punto de vista de técnica jurídica, el tenor del art. 25 y, en particular, esta opción de notificar los documentos traducidos a una lengua que el destinatario entienda, plantea algunos interrogantes en relación con su coordinación con la regla general sobre el idioma de las solicitudes de cooperación jurídica internacional “y sus documentos adjuntos” que contempla el art. 11 de Anteproyecto. En la medida en que la regla del art. 25 constituya una excepción a lo establecido en el art. 11, debería indicarse así.

O) Art. 27

El art. 27 contempla diversos trámites a seguir en el caso de procedimientos judiciales dirigidos contra Estados extranjeros. El ap. 2 dispone, en particular, que “los órganos jurisdiccionales españoles comunicarán al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación la existencia de cualquier procedimiento contra un Estado extranjero a los solos efectos de que aquel emita informe en relación con las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución del que dará traslado al órgano jurisdiccional competente por la misma vía”. Sin perjuicio de compartir la oportunidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación emita informe en estos casos, el Consejo de Estado considera que la redacción del precepto es susceptible de mejora, en orden a aclarar la referencia a la transmisión del informe al órgano jurisdiccional “por la misma vía”.

Asimismo, en el ap. 2 falta una coma después de “ejecución”, y en el ap. 1 falta la preposición “por” antes de “vía diplomática”.

P) Art. 29

El Capítulo VI del Título I contiene, tal y como indica el art. 29.1º, las reglas relativas a la práctica y obtención de pruebas en el extranjero para que surtan efecto en un procedimiento judicial en España, o en España para que surtan efecto en un proceso extranjero.

El ap. 2 del art. 29 establece que “la prueba solicitada debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro”, precisando a continuación que “cuando se solicite en España la práctica de una prueba con anterioridad al inicio del procedimiento judicial extranjero se exigirá que la práctica anticipada de la prueba sea admisible conforme a la legislación española”. Esta segunda frase del ap. 2 tiene por objeto permitir a las autoridades españolas impedir la utilización en España del instrumento conocido en los países del *Common Law* con el nombre de “*pre-trial discovery*”, previsión que ha de valorarse positivamente, en la medida en que guarda coherencia con la reserva formulada por España al amparo del art. 23

Convenio de La Haya de 18 marzo 1970, sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.



Para finalizar, con el mismo objetivo de garantizar el respeto a las normas españolas en materia de prueba, el ap. 2 del art. 29 establece que “la prueba practicada en España que haya de surtir sus efectos en un proceso extranjero deberá respetar las garantías previstas en la legislación española y practicarse conforme a la normativa procesal española”. Aunque en apariencia este último inciso pueda resultar reiterativo o solaparse con la previsión anterior (así se ha señalado en algunos informes), entiende el Consejo de Estado que su introducción resulta adecuada, en orden a cubrir otro tipo de supuestos distintos del referido *pre-trial discovery of documents*.

Sin perjuicio de lo anterior, la redacción del art. 29 es susceptible de dos observaciones de orden formal. En el ap. 1, sobra la coma entre “pruebas” y “en el extranjero”. Por otra parte, el contenido del ap. 2 debería escindirse en dos apartados diferentes, el primero de los cuales debería contener únicamente la primera frase (“La prueba solicitada debe tener relación directa con un proceso ya iniciado o futuro”), dedicándose el segundo a las reglas específicas sobre práctica en España de pruebas que deban surtir sus efectos en un proceso extranjero (segunda y tercera frases) pues, con la redacción actual, podría dar la impresión de que la primera frase del ap. 2 no opera como límite respecto al tipo de pruebas que las autoridades judiciales españolas pueden solicitar que se practiquen en el extranjero.

Q) Art. 32

En esta misma línea de aclaración de los supuestos a los que es aplicable un precepto, en la rúbrica del art. 32 deberá precisarse que se trata de la prueba “en España” de la prueba “solicitada por una autoridad extranjera”, y el ap. 1 deberá comenzar de la siguiente forma: “recibida la solicitud de una autoridad extranjera...”.

R) Art. 33

Es particularmente novedosa, y por ello merece destacarse, la regulación que se hace de la prueba del Derecho extranjero en el art. 33 del Anteproyecto.

Comienza el precepto (ap. 1) con una remisión general, a efectos de prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, a las normas LEC (arts. 281 ss, debe entenderse) y demás disposiciones aplicables en la materia. A continuación, el precepto concreta (ap. 2) que “los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor probatorio de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero de acuerdo con las reglas de la sana crítica”, lo que resulta coherente con los criterios vigentes en el orden interno (arts. 295.4º, 316.2º, 326.2º, 334.1º, 348, 350.4 y 376, entre otros, LEC). En línea con lo anterior, y en coherencia también con lo dispuesto en varios convenios internacionales sobre la materia (en particular, el Convenio de Londres de 7 junio 1965 y la Convención de Montevideo de 8 mayo 1979), el ap. 4 del artículo precisa que “ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre derecho extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles”.

Pero la principal novedad del precepto aquí analizado radica en su ap. 3, el cual establece que “en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español”. Frente a la solución alternativa, consistente en la desestimación de la demanda, el remedio propuesto tiene la ventaja de evitar la denegación de justicia que en el primer caso podría producirse. A este respecto, señala la exposición de motivos que “la falta de

prueba del derecho extranjero dentro de un proceso judicial es algo excepcional que solo sucederá cuando las partes no consigan probar el Derecho extranjero y sin olvidar la posibilidad de que el tribunal coopere en la acreditación de dicho contenido”.

El Consejo de Estado valora positivamente la inclusión de una norma expresa para regular este controvertido supuesto, y coincide en líneas generales con la conveniencia de desechar la solución consistente en la desestimación de la demanda que, bajo la apariencia de una resolución judicial fundada en Derecho, podría en ocasiones encubrir una verdadera denegación de justicia, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional (Sentencia 10/2000, de 17 enero 2000). Igualmente, como ya se señaló en el dictamen de 4 diciembre 1997, se considera adecuada la contención de la Ley al evitar referirse a la debatida cuestión de la consideración del Derecho extranjero como hecho o como derecho por los Tribunales españoles.

Por lo demás, la aplicación de la *lex fori* resulta correcta en línea de principio siempre que se configure como una solución o recurso excepcional. Parece necesario, por tanto, modificar la redacción del art. 33.3, pues, por una parte, la referencia que en él se hace a la aplicación del Derecho español en todos los casos en que no haya podido acreditarse “por las partes” el contenido y vigencia del Derecho extranjero genera la apariencia de un precepto excesivamente abierto al llamado *forum shopping* por parte de los interesados. Por otra parte, el recurso judicial a la aplicación subsidiaria del Derecho español debe en todo caso configurarse como excepcional, exigiéndose que la decisión del juez esté suficientemente motivada. A estos efectos, cabe recordar que, de conformidad con lo establecido en el art. 281 LEC, también el tribunal puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero.

Por último, cabe llamar la atención sobre la necesidad de emplear las mayúsculas cuando se habla del “Derecho español” y del “Derecho extranjero” en el sentido de este capítulo, tal y como se hace en el Título siguiente y en la rúbrica de este mismo Título II.

S) Art. 34

El art. 34, relativo a la información del Derecho extranjero, contiene una reiteración indebida. Dado que al final del precepto ya se añade que la información podrá referirse “a cualquier otra información jurídica relevante”, debería eliminarse el inciso “sin ánimo exhaustivo”.

T) Arts. 35 y 36

Los arts. 35.1º y 36.1º, que regulan, respectivamente, la transmisión de las solicitudes de información sobre Derecho extranjero y sobre Derecho español, deberían abrirse con un inciso que deje claramente a salvo lo dispuesto en el art. 4 del Anteproyecto: “Sin perjuicio de la posibilidad de comunicaciones judiciales directas,...”. En otro caso, podría pensarse que dichos preceptos pretenden introducir una excepción a esa regla, que aparentemente se establece con carácter general.

U) Arts. 37 a 40

El Título IV del Anteproyecto, que se extiende a los arts. 37 a 40, tiene por objeto la regulación de la litispendencia y la conexidad internacionales, materias que –sorprendentemente– figuran también tratadas en el Proyecto de LO por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria y al que ya se ha hecho referencia con anterioridad. Estas dos iniciativas legislativas presentan algunos solapamientos y discordancias que deben ser corregidos.

En primer lugar, el referido Proyecto prevé incluir un nuevo art. 22 nonies en la LO 6/1985, en el que se dispondrá que “las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”; el art. 38 del Anteproyecto, por su parte, contiene una previsión paralela a ésta, disponiendo que “las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se alegarán y tramitarán como la excepción de la litispendencia interna”. Sin perjuicio de subrayar los problemas de técnica normativa que eventualmente puede generar la reiteración en la LOPJ de una norma que, desde un punto de vista material, tiene su sede natural en el texto sometido a dictamen, cabe observar que los dos preceptos proyectados presentan una discordancia que, a juicio del Consejo de Estado, debería corregirse en la tramitación parlamentaria del Proyecto de LO de reforma de la LOPJ, alineando el texto del nuevo art. 22 nonies de la LO al del art. 38 del Anteproyecto o, de forma más sencilla, efectuando en este precepto de la LO una remisión al nuevo texto legislativo sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

El solapamiento o duplicidad regulatoria no debería producirse, por el contrario, en el caso de las detalladas reglas sobre litispendencia internacional contenidas en los cuatro primeros apartados de la disposición adicional quinta del Proyecto de LO de reforma de la LOPJ, pues su propio ap. 5 establece la transi-

toriedad de lo en ella dispuesto en los siguientes términos: “Esta disposición adicional tendrá vigencia hasta la entrada en vigor de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil”.

Habida cuenta de lo avanzado de la tramitación del anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, esta disposición genera un cierto desconcierto y, en último término, suscita cierta desconfianza hacia la posibilidad de que el texto aquí informado llegue finalmente a entrar en vigor en un plazo breve de tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, llama la atención la falta de coordinación entre los dos textos proyectados, pues si bien los arts. 37 a 40 del anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil reproducen en líneas generales lo establecido en la citada disposición adicional quinta del Proyecto de LO de reforma de la LOPJ, existen algunas diferencias en puntos concretos, que merece la pena subrayar.

En primer lugar, a diferencia del ap. 1 de la disposición adicional quinta del referido Proyecto de LO, el art. 39.1º no precisa que la existencia del proceso pendiente en el extranjero deberá producirse, a efectos de apreciar la litispendencia internacional, en el momento en que se interpone la demanda en España. Se trata de una precisión esencial, que se ha omitido indebidamente, y que sí se hace en el art. 40.2º, a efectos de la definición de las demandas conexas, lo que debería corregirse.

En segundo lugar, el ap. 2 del art. 39 no recoge dos de las causas para la reanudación del proceso en España que sí aparecen en el Proyecto de LO (disposición adicional quinta, ap. 3), concretamente “que el Tribunal extranjero se hubiera declarado incompetente, o si, requerido por cualquiera de las partes, no se hubiera pronunciado sobre su propia competencia” (letra a)) y “que se entienda que la sentencia definitiva que eventualmente pueda llegar a dictar no será susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en España” (letra e)). Ambos motivos parecen justificados a la vista de las circunstancias que pueden dar lugar a la suspensión del proceso por declaración de litispendencia y, no existiendo en apariencia razón alguna que justifique este repentino cambio de criterio, deberían incluirse en el Anteproyecto.

V) Arts. 41 a 49 (Capítulos I y II del Título V)

– Rúbrica del Título V

El Título V del Anteproyecto tiene por rúbrica “Del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, ejecución, procedimiento judicial de exequátur, de los documentos públicos extranjeros y de la inscripción en Registros públicos”, redacción que debería simplificarse para ganar en claridad. Una rúbrica alternativa sería: “Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos”.

– Art. 41

El art. 41, que delimita el ámbito de aplicación de este Título, es también susceptible de algunas mejoras de redacción: en el ap. 1 debería emplearse, como se hace en el ap. 2, la expresión “de conformidad con las disposiciones de este título”, en lugar de la menos exacta de “en virtud de este título”; y en el ap. 2 falta la preposición “de” precisamente antes de “este título”.

En cuanto al fondo, sorprende que el ap. 2 del art. 41 declare aplicables las disposiciones del Anteproyecto para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, supuesto cuya regulación está prevista en el art. 12 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el pasado 5 septiembre 2014, y que se encuentra en tramitación parlamentaria. Sin perjuicio de precisar que este tipo de resoluciones serán en lo sucesivo susceptibles de reconocimiento y ejecución en España, debe modificarse el tenor del art. 41.2º en orden a garantizar el respeto al orden de las fuentes normativas aplicables en esta materia. Dada la previsible aprobación de la Ley reguladora de la Jurisdicción Voluntaria en un corto plazo de tiempo, debería incorporarse en el citado artículo una remisión a la misma.

Por lo demás, el Consejo de Estado coincide con el Consejo General del Poder Judicial en su objeción a la oportunidad de excluir totalmente, salvo previsión en norma europea o en un tratado internacional, la posibilidad de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y provisionales, tal y como hace el art. 41.4º. Como ya se indicó en el dictamen de 4 diciembre 1997, aunque “se comprende la especificidad de la tutela cautelar, basada en la lógica de la urgencia, lo cual requiere sopesar ciertas peculiaridades en su ejecución transnacional. Sin embargo, excluir radicalmente, fuera de los casos de existencia de tratado, la ejecución de medidas provisionales y cautelares adoptadas por una autoridad extranjera puede ser una solución excesivamente simplista y desentendida de las exigencias de la tutela judicial efectiva, de ahí que el Consejo de Estado exprese su preferencia por un sistema más abierto”.

– Art. 44

En el primer ap. del art. 44, debe precisarse, de acuerdo con lo previsto en los arts. 41.1º y 46.1º, que solo son susceptibles de reconocimiento en España las resoluciones extranjeras firmes.

– Art. 45

El art. 45 establece expresamente que “una resolución extranjera susceptible de modificación podrá ser modificada...”, previsión que, además de reiterativa, carece de sentido, a no ser que se precise qué debe entenderse por resoluciones susceptibles de modificación.

– Art. 48

Ha de calificarse de acertada la previsión del art. 48, que prohíbe, con carácter general, la revisión en cuanto al fondo de las resoluciones extranjeras y, en particular, la denegación del reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho internacional privado español.



Tal y como señaló este Consejo de Estado en su dictamen de 4 diciembre 1997, “la verificación del Derecho aplicado al fondo por el Tribunal extranjero, nacida ya en el siglo pasado en algunos países para asegurar la aplicación en todo caso de la ley nacional al estatuto personal de sus ciudadanos, aunque se encontrasen en el extranjero, responde a una concepción nacionalista que no concuerda bien con el espíritu de cooperación que inspira modernamente el régimen de reconocimiento. Frente a una primera línea jurisprudencial favorable al control de la competencia legislativa, objeto de una severa crítica doctrinal, se ha producido una evolución (especialmente a partir del ATS 1 junio 1983) tendente a abandonar dicho presupuesto. Entiende la doctrina mayoritaria que dicho control supone una confusión de dos cuestiones distintas, pues se estarían aplicando impropiaamente las soluciones previstas para el problema de determinación de la ley aplicable (en cuyo caso los Tribunales españoles conocen del fondo) al ámbito del reconocimiento (donde su intervención tiene un carácter predominantemente formal). Por ello, considera que si lo que se trata de evitar es el “forum shopping” basta recurrir a la figura del fraude a las disposiciones materiales españolas, amparada en el mecanismo del reconocimiento en las normas que permiten examinar la competencia judicial indirecta. Sin perjuicio de las cláusulas de control de la ley aplicada existentes en distintos tratados, no parece oportuno que la disposición proyectada contenga una norma sumamente cuestionable por las razones expuestas”. Sentado lo anterior, por tanto, nada cabe objetar al tenor del art. 48 del Anteproyecto.

W) Arts. 50 a 57 (Capítulos III, IV y V del Título V)

– Sistemática

Como ya se indicó en el dictamen de 4 diciembre 1997, “pese a la generalización de los términos “reconocimiento” y “ejecución” en el lenguaje convencional y legal, cabe distinguir en puridad entre reconocimiento, declaración de ejecutividad y ejecución. El reconocimiento es un mecanismo que dota a la decisión extranjera de los efectos procesales que le son propios en el foro (en esencia, el efecto positivo de

cosa juzgada material). La declaración de ejecutividad o “*exequatur*” —o simple, aunque impropia, ejecución— es un mecanismo que convierte a la decisión extranjera en título ejecutivo, de modo que es posible ejecutar en España el contenido (fallo) de la decisión extranjera. Obtenido el “*exequatur*”, si el obligado por la decisión extranjera no cumple voluntariamente lo ordenado en la decisión, la parte a quien interese puede instar un “proceso de ejecución” para que el aparato coactivo del Estado requerido haga ejecutar lo juzgado”.

A juicio del Consejo de Estado, el Anteproyecto crea cierta confusión al tratar la ejecución antes del procedimiento de *exequatur*, cuando en realidad, aunque ambas demandas pueden acumularse en un mismo escrito (art. 54.1º), aquella es una consecuencia de éste. Los arts. 50 y 51, por tanto, deberían pasar a formar el Capítulo IV, y el actual contenido de éste incorporarse como Capítulo III. De esta forma, las disposiciones sobre ejecución de documentos públicos extranjeros, que integran el Capítulo V, estarían inmediatamente precedidas por las relativas a la ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras.

Por lo demás, en la rúbrica del actual Capítulo IV es suficiente indicar “Del procedimiento judicial de *exequatur*”. La explicación que se introduce a continuación (“o para la declaración del reconocimiento y la autorización de la ejecución”) no parece necesaria, pues la definición del procedimiento se contiene en el art. 42.

– Art. 52

El art. 52 concreta la regla de competencia ya establecida en los arts. 85 y 86 LOPJ, incluyendo los criterios aplicables para determinar la competencia territorial. Así, el ap. 1 dispone que “la competencia para conocer de las solicitudes de *exequatur* corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos”. El Colegio de Abogados de Madrid ha apuntado en su informe, a título de ejemplo, algún caso relacionado con el estatuto civil de las personas en el que las reglas anteriores podría resultar insuficientes para determinar el tribunal territorialmente competente. Parece conveniente, por ello, introducir una cláusula subsidiaria más para el cierre del sistema, con atribución de la competencia, en último caso, al Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de *exequatur*.

– Art. 53

El art. 53 se remite a la Ley 1/1996, de 10 de enero, para la regulación de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita en estos procedimientos. Habida cuenta de lo avanzado de la tramitación parlamentaria del Proyecto de nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, sería más conveniente reemplazar la cita de la Ley 1/1996 por una mención genérica de la Ley reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, o esperar a incorporar la denominación oficial de la nueva Ley.

En otro orden de cosas, ha de valorarse positivamente que en el art. 54 se haya abandonado la regla en virtud de la cual el *exequatur* se realiza *inaudita parte debitoris* (opción más respetuosa de los derechos de defensa, particularmente en el caso de *exequatur* no regulados en la normativa internacional), así como la posibilidad de interponer recurso de casación contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial en segunda instancia (art. 55.2º), que actualmente solo cabía en los casos previstos en tratados internacionales. Como ya indicó este Consejo en su dictamen de 1997, dicho recurso puede resultar de suma utilidad como “instancia unificadora en la interpretación de las disposiciones de la propia Ley proyectada”.

X) Arts. 58 a 61 (Capítulo VI del Título V)

El Capítulo VI del Título V regula la inscripción de resoluciones judiciales o documentos públicos extranjeros en los Registros de la propiedad, mercantil y de bienes muebles españoles.

En el caso de las resoluciones judiciales firmes, el art. 58.1 precisa que no requieren procedimiento especial para su inscripción. No obstante, de acuerdo con el art. 59, serán objeto de control mediante el llamado “reconocimiento incidental”, a cargo del Registrador. Ese reconocimiento incidental se realiza antes de la calificación propiamente dicha del título inscribible, mediante un procedimiento contradictorio en el que los afectados pueden manifestar su oposición.

El art. 59.1º, segundo párrafo, establece que la inscripción solicitada se suspenderá, remitiéndose el asunto al juez que haya de entender del procedimiento de reconocimiento a título principal de la resolución, cuando la notificación de la decisión del Registrador no hubiere podido practicarse en los domicilios indicados, cuando aquél adoptare una decisión contraria al reconocimiento, o “cuando se formule oposición al reconocimiento”. A juicio del Consejo de Estado, este tercer supuesto motivador de la suspensión no parece justificado cuando no haya habido una decisión negativa del Registrador. Como ha señala-

do el Consejo General del Poder Judicial en su informe, constituye un entorpecimiento gratuito del procedimiento de inscripción de quien ya ha obtenido una resolución judicial firme y, adicionalmente, ha sido objeto del control correspondiente al reconocimiento incidental.

En relación con los documentos públicos extranjeros extrajudiciales, el art. 60 establece que “podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate”.

En la medida en que este artículo se sitúa después del que regula el reconocimiento incidental, y que dicho art. 59 establece, como objeto de control por el Registrador, los requisitos establecidos en el Capítulo II del Título V, que se refiere en exclusiva al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, hay que entender que ese reconocimiento incidental no es necesario para la inscripción de documentos públicos extrajudiciales. No estaría de más, sin embargo, aclarar este extremo en el propio art. 59, limitando su aplicación a la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras a que se refiere el art. 58.

Si a la anterior observación se añade el hecho de que el art. 58 contiene, bajo la rúbrica “Disposiciones generales”, una previsión que solo es aplicable a la inscripción de resoluciones judiciales, se llega a la conclusión de que el Capítulo VI podría ser objeto de una sistemática más ordenada si se incluyese la regla del art. 58.2º en un primer artículo titulado “disposiciones generales”, para después incorporar, en un mismo artículo titulado “inscripción de resoluciones judiciales extranjeras”, el contenido del art. 58.1º y el reconocimiento incidental del art. 59, sin alterar el resto de preceptos.

Y) Disposición final segunda

Tal y como se indicó, el Anteproyecto contiene también ciertas normas llamadas a facilitar la aplicación de dos Reglamentos de la Unión Europea en materia de cooperación jurídica, normas que se incorporan en la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya modificación a tal efecto se prevé en la disposición final segunda del Anteproyecto. Se trata, más concretamente, del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y el Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo.



Como ya se indicó, la LEC parece la *sedes materiae* adecuada para la regulación de estas medidas, que se incluirán a continuación de las ya previstas para facilitar la aplicación de otros Reglamentos comunitarios; desde esta perspectiva, por tanto, hay que reiterar la valoración positiva que merece la técnica normativa adoptada.

La redacción de esta disposición final segunda puede, no obstante, ser objeto de revisión, pues las frecuentes remisiones internas que se realizan en la misma resultan incomprensibles, probablemente por

haberse incorporado al texto del Anteproyecto una redacción anterior llamada a incluirse en otra norma distinta o por haberse alterado la estructura de los preceptos respecto a borradores anteriores.

Así, la remisión que las reglas 5ª y 6ª del ap. 1 de la nueva disposición final vigésima quinta LEC (disposición final segunda del Anteproyecto) realizan al “art. VII” parecen referirse al ap. 4 de esa misma disposición final; la remisión del ap. 3, regla 4ª, al “art. II.4 de esta ley” podría entenderse hecha al ap. 2, regla 4ª. En la nueva disposición final vigésima sexta de la Ley 1/2000, ap. 1, regla 1ª, a “los arts. II a VII de esta ley”, podría referirse a los aps. 2 a 7 de dicha disposición final; la remisión a “los aps. 1 y 2” que se hace en el ap. 4, regla 5ª, podría referirse a los aps. 1 y 2 de la disposición o a las reglas 1ª y 2ª del ap. 4 (lo mismo cabe sostener de la remisión que hace la regla 6ª de dicho ap. 4); la remisión del segundo párrafo del ap. 6 al “ap. 1 del artículo anterior” podría hacerse a la regla 1ª del ap. anterior; la remisión del ap. 7 al “art. V” parece entenderse al art. 5; en el ap. 16, la regla 3ª no debería hacer referencia a “los aps. 1 y 2”, sino a las reglas 1ª y 2ª de este apartado; por último, en los aps. 8 y 9, la referencia a “los arts. II a VII de esta ley” parece tener sentido con remisión a los aps. 2 a 7 de la misma disposición final, pero resulta más difícil encontrar una equivalencia a las remisiones que dichos apartados hacen, respectivamente, a “el art. XIII.1º.b)” y “el art. IV.1º.b)”.

Otra referencia errónea se encuentra en el ap. 4, regla 2ª, de la nueva disposición final vigésima quinta, que remite al art. 434 LEC, en el que se regula el plazo para dictar sentencia, cuando parece que debería hacerlo al art. 434 del mismo texto legal, relativo a la forma de la demanda en el juicio verbal. Asimismo, tanto en el ap. 1 de la nueva disposición final vigésima quinta como en el ap. 1 de la disposición final vigésima sexta, hay que precisar, respectivamente, que las resoluciones reguladas son, en el primer caso, las incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº 1215/2012 (incluir en la regla 1ª) y, en el segundo, las incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012 (incluir en la regla 1ª y en la rúbrica del ap. 1). Por último, en la regla 2ª de ap. 14 de la nueva disposición final vigésima sexta deberá designarse la Ley del Notariado por su denominación oficial, empleando las mayúsculas en el término “Ley”: LO del Notariado de 28 mayo 1862.

Sexta. Conclusión

Para finalizar, y a modo de corolario, el Consejo de Estado considera necesario insistir sobre la necesidad de armonizar el contenido de los diferentes textos legislativos que regulan esta materia, de modo que el loable intento de reducir la dispersión y crear una regulación subsidiaria de carácter unificado no quede frustrado como consecuencia, precisamente, de esa dispersión.

En algunos casos, la falta de armonización se presenta en forma de contradicción frontal entre las previsiones del Anteproyecto y lo establecido en las normas vigentes, en particular, en los arts. 276 a 278 LOPJ. Como ya se ha expuesto con detalle en el cuerpo del presente dictamen, sin la reforma o derogación de esos artículos de la LO no podrían en ningún caso aprobarse las disposiciones –de tenor contradictorio con los mismos– de los arts. 3.2º, 4, 12.1º y 14.1º del Anteproyecto. Tal es la razón del carácter esencial que se confiere a las observaciones sobre los referidos preceptos.

La situación resulta tanto más llamativa por el hecho de que, muy recientemente, el Gobierno ha enviado a las Cortes Generales una serie de proyectos legislativos de modificación de algunas de las normas aquí afectadas y, en particular, un proyecto para la reforma de la LOPJ. Por esta razón, y dada la valoración positiva que el Consejo de Estado realiza del contenido material de esos artículos del Anteproyecto, se sugiere la conveniencia de evitar las aludidas contradicciones mediante la introducción, por las vías procedentes, de las necesarias enmiendas en el trámite parlamentario, de modo que la nueva redacción de la LOPJ que resulte tras la definitiva aprobación de la aludida reforma no contradiga lo establecido en el texto que aquí informa el Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

1º) Que la culminación del anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil objeto del presente dictamen exige tener en cuenta las observaciones esenciales formuladas con ocasión de sus arts. 3.2º, 4, 12.1º y 14.1º y a propósito de la necesaria armonización del Anteproyecto con previsiones legales ya existentes y con otros proyectos legislativos en curso de tramitación.

2º) Que, una vez consideradas las restantes observaciones que se formulan en el cuerpo del presente dictamen, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

2015/2. Dictamen del Consejo de Estado nº 693/2015 (Asuntos Exteriores y de Cooperación), de 23 julio 2015, sobre Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales con sede en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a conferencias y reuniones internacionales celebradas en España.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 23 de julio de 2015., emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen: “En cumplimiento de una Orden de V. E. de 25 de junio de 2015, cuya entrada se registró el día siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

De antecedentes resulta:

PRIMERO. Contenido del anteproyecto

A. El anteproyecto de Ley Orgánica sometido a consulta consta de exposición de motivos, cincuenta y seis artículos, una disposición adicional, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

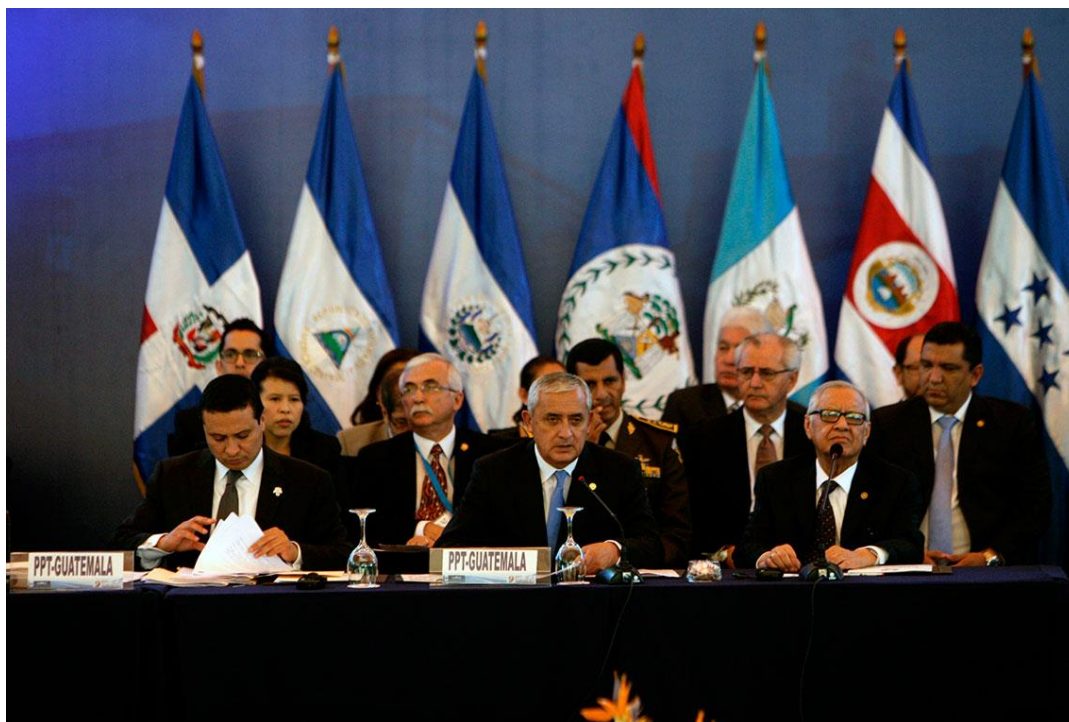
Señala la exposición de motivos que “las inmunidades soberanas del Estado encarnan, tradicionalmente, un principio básico del Derecho Internacional que deriva, a su vez, de los principios de independencia, soberanía e igualdad de los Estados (*par in parem imperium non habet*)”. El contenido jurídico de estas inmunidades –sigue diciéndose– “es básicamente de naturaleza procesal y supone que los jueces y tribunales de un Estado no pueden juzgar a otro Estado”, comprendiendo “tanto el derecho del Estado a no ser demandado ni sometido a juicio ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción), como el derecho a que no se ejecute lo juzgado (inmunidad de ejecución).

En la actualidad, como consecuencia de los fenómenos de cooperación internacional, las inmunidades internacionales –explica la misma exposición de motivos– se extienden no solo a los Estados extranjeros en cuanto tales, sino también, de forma específica, a los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, a los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado y a las Fuerzas Armadas visitantes. Además, tales inmunidades alcanzan igualmente a las Organizaciones internacionales y las Conferencias o Reuniones internacionales. Todo ello configura “un panorama complejo en el que algunos sectores han alcanzado ya una regulación consolidada, mientras que en otros existe todavía fragmentación e indeterminación”.

El régimen jurídico internacional de estas inmunidades –añade la referida exposición de motivos– “hunde sus raíces en la práctica judicial internacional y se ha ido configurando a través de normas consuetudinarias que posteriormente se han recogido en diversos tratados”. Sin embargo, la regulación derivada de estos tratados “no abarca la totalidad de las cuestiones que se plantean en la práctica y no ofrece todavía una respuesta suficientemente satisfactoria”. Particularmente delicada es –se advierte– “la cuestión de los límites de las inmunidades, dado que la vieja doctrina absoluta de las inmunidades ha ido dando paso a una doctrina más restrictiva que haga compatible la existencia de tales inmunidades con las exigencias elementales de la tutela judicial efectiva derivadas del principio de Estado de Derecho”. El análisis de los principales instrumentos convencionales en la materia evidencia que todavía “perviven lagunas importantes en el régimen internacional de inmunidades”.

En el ordenamiento español existe, en materia de inmunidades, una “remisión genérica al Derecho Internacional” (arts. 21 y 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y art. 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) que –según dice la exposición de motivos– “provoca, en el plano judicial interno, cierta inseguridad jurídica e incluso un casuismo jurisprudencial que, en ocasiones, puede conducir a errores o contradicciones, susceptibles de comprometer la responsabilidad internacional de España”. Por ello, parece conveniente “desarrollar legislativamente la cuestión a través de una Ley Orgánica que, con pleno respeto a las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, regule de forma sistemática esta materia”, en aras de lograr la “necesaria seguridad jurídica”, máxime cuando “el propio Derecho Internacional al que remite nuestra legislación presenta, como ya se ha mencionado, una regulación también insuficiente y fragmentada”.

En el anteproyecto se han incluido –aclara su exposición de motivos– no solo las inmunidades del Estado extranjero y de sus representantes (Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores), sino también las de ciertos instrumentos o medios estatales (los buques de guerra o de Estado, las aeronaves de Estado y las Fuerzas Armadas) y las de otros sujetos distintos del Estado (las Organizaciones internacionales), así como el régimen de privilegios e inmunidades de las Conferencias o Reuniones internacionales que se celebren en nuestro país. Al margen queda “el régimen diplomático y consular, por contar con una regulación internacional propia bien asentada que, desde hace décadas, forma ya parte del ordenamiento jurídico español”. Por lo demás, el contenido de esta Ley Orgánica –concluye la exposición– “ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de sus compromisos con la Corte Penal Internacional”.



Tras la exposición de motivos se incorpora la parte dispositiva del anteproyecto de Ley Orgánica, estructurada en un título preliminar y siete títulos, a los que siguen una disposición adicional, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales

El título preliminar, que no lleva rúbrica, delimita el objeto del anteproyecto (art. 1), define el significado de una serie de términos utilizados por la norma (art. 2) y aclara que las previsiones contenidas en ésta deberán entenderse sin perjuicio de otras inmunidades reconocidas por el Derecho Internacional (art. 3).

El título I (“Inmunidades del Estado extranjero en España”) se abre con una previsión genérica, en la que se reconoce inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los tribunales españoles a todo Estado extranjero y a sus bienes (art. 4), y, a continuación, se insertan dos capítulos.

El capítulo I regula la “inmunidad de jurisdicción” y consta de dos secciones. La sección 1ª establece que el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en caso de que haya consentido el ejercicio de la misma de forma expresa (art. 5) o tácita (art. 6), determina cuáles son los comportamientos de un Estado extranjero que no constituyen consentimiento a la jurisdicción española (art. 7) y prevé que el consentimiento del Estado extranjero no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante el órgano jurisdiccional español (art. 8). La sección 2ª enumera las excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero que existen en determinados procesos relativos a transacciones mercantiles (art. 9), a contratos de trabajo (art. 10), a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (art. 11), a la determinación de derechos u obligaciones respecto de los bienes (art. 12), a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial (art. 13), a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (art. 14), a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por éste (art. 15) y a los efectos de un convenio arbitral (art. 16).

El capítulo II, dedicado a la “inmunidad de ejecución”, consagra la inmunidad de los bienes del Estado extranjero respecto a las medidas de ejecución que puedan adoptar los tribunales españoles, salvo que dicho Estado haya dado su consentimiento o que sus bienes estén destinados a fines distintos de los oficiales no comerciales (art. 17), regula las formas de prestación del consentimiento del Estado extranjero (art. 18) y su revocación (art. 19), y establece los supuestos en que deberá entenderse que los bienes del Estado extranjero se dedican a fines públicos no comerciales (art. 20).

El título II (“Privilegios e inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero”) consta de tres capítulos.



El capítulo I señala que los Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores “en ejercicio” serán inviolables cuando se hallen en territorio español (art. 21) y gozarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución en relación con sus actos oficiales y privados realizados durante su mandato o con anterioridad al inicio de éste (art. 22).

El capítulo II establece que los “antiguos” Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores continuarán disfrutando, después de la finalización de su mandato, de inmunidad penal, civil, laboral, administrativa, mercantil y fiscal únicamente respecto de los actos que hubieran realizado durante el mismo en ejercicio de sus funciones oficiales (art. 23), y no, en cambio, por los ejecutados a título privado (art. 24) o con anterioridad al inicio de sus funciones (art. 25).

El capítulo III contiene una serie de “disposiciones comunes” aplicables a los Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, con independencia de que se encuentren en el ejercicio de sus funciones o haya finalizado su mandato: en concreto, se prevé que las inmunidades de las que disfrutaran podrán ser denegadas o limitadas atendiendo al principio de reciprocidad, salvo que el Derecho Internacional lo impida (art. 26), se contempla la posibilidad de que renuncien a la inmunidad de jurisdicción (art. 27), se dispone que la renuncia no podrá ser revocada una vez iniciado un proceso ante un órgano jurisdiccional español (art. 28), y se aclara que el reconocimiento de estas inmunidades no afectará a las obligaciones asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional (art. 29).

El título III (“Inmunidades del Estado respecto de los buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado”) reconoce inmunidad de jurisdicción y ejecución a los buques de guerra y los buques de Estados extranjeros (art. 30) y a las aeronaves de Estado extranjeras (art. 31), salvo que medie consentimiento del Estado extranjero al ejercicio de la jurisdicción o a la adopción de medidas de ejecución por los órganos jurisdiccionales españoles (art. 32).

El título IV (“Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes”) determina el régimen convencional de Derecho Internacional aplicable a las Fuerzas Armadas que se encuentren en territorio español a invitación o con consentimiento de España, distinguiendo, a este efecto, entre las Fuerzas Armadas visitantes de un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz y las Fuerzas Armadas visitantes de cualquier otro Estado extranjero.

El título V (“Privilegios e inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España”) prevé que las Organizaciones internacionales gozarán de inviolabilidad (art. 34) e inmunidad de jurisdicción y ejecución (art. 35), al igual que su personal (art. 36), salvo que la Organización haya dado su consentimiento al ejercicio de la jurisdicción española, que deberá ser expreso (art. 37), no podrá deducirse de otros comportamientos (art. 38) y no será susceptible de revocación una vez que se haya iniciado un proceso ante los órganos jurisdiccionales españoles (art. 39); asimismo, se reconoce inviolabilidad e inmunidad a los representantes de los Estados miembros de las Organizaciones internacionales y de los Estados observadores ante las mismas (art. 40), salvo que éstos hayan dado su consentimiento al ejercicio de la jurisdicción española y a la adopción de medidas de ejecución (art. 41).

El título VI (“Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales”) dispone que el régimen en él previsto será de aplicación, en ausencia de acuerdo específico, a las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, y que, en caso de que exista tal acuerdo, tendrá carácter supletorio (art. 42), establece que los privilegios e inmunidades se extenderán desde los diez días anteriores a la Conferencia o Reunión internacional hasta los cinco días posteriores a su conclusión (art. 43), enumera las facilidades y los privilegios e inmunidades para la celebración de la Conferencia o Reunión internacional (art. 44), así como los de las Delegaciones de Estados invitados a la Conferencia o Reunión (art. 45) y otros invitados y funcionarios de la Organización (art. 46), y, por último determina el régimen jurídico convencional aplicable, en materia de privilegios e inmunidades, a las Conferencias o Reuniones internacionales organizadas por las Naciones Unidas o sus organismos especializados (art. 47) y por la Unión Europea (art. 48).

El título VII (“Cuestiones procedimentales”) prevé que los órganos jurisdiccionales españoles apreciarán de oficio las cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción y ejecución (art. 49), que el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción por el cauce de la declinatoria (art. 50), que deberá entenderse incoado un proceso judicial contra sujetos que gozan de inmunidad cuando alguno de ellos sea mencionado como parte del mismo (art. 51), que las comunicaciones judiciales dirigidas a Estados extranjeros y al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se realizarán en la forma prevista en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (art. 52) y que las comunicaciones de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales en las que se preste consentimiento expreso al ejercicio de la jurisdicción española o se renuncie a la inmunidad se cursarán por vía diplomática, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (art. 53); a estos efectos, se regula el procedimiento de comunicación entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y los órganos jurisdiccionales españoles (art. 54); por lo demás, se dispone que los órganos jurisdiccionales españoles no dictarán sentencias en rebeldía contra un Estado extranjero o una Organización internacional, salvo que concurran una serie de condiciones legalmente previstas (art. 55), y se establece, en fin, que los Estados extranjeros y las Organizaciones internacionales no podrán ser sancionados cuando rehúsen cumplir el requerimiento de un órgano jurisdiccional español, sin perjuicio de las consecuencias que pudieran

resultar de tal comportamiento en relación con el fondo del asunto, y que no podrán ser obligados a prestar caución, fianza o depósito para garantizar el pago de costas o gastos judiciales (art. 56).

La disposición adicional única señala que el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación comunicará la aprobación de esta Ley Orgánica a todos los sujetos de Derecho Internacional con los que España mantiene relaciones.

La disposición derogatoria única alcanza a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la Ley Orgánica.



La disposición final primera precisa que la presente Ley Orgánica se dicta al amparo de las competencias estatales exclusivas en materia de “relaciones internacionales” y “legislación procesal” contempladas en el art. 149.1.3ª y 6ª de la Constitución.

La disposición final segunda habilita al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica.

La disposición final tercera prevé que la presente Ley Orgánica entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

B. La memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de Ley Orgánica examina, entre otros aspectos, la motivación de la propuesta, los objetivos que persigue, la conveniencia de que el régimen de privilegios e inmunidades se regule en una única norma, cualesquiera que sean sus beneficiarios, y los impactos que producirá su aprobación:

1. Para justificar la oportunidad del anteproyecto, la memoria señala que la “ausencia de normativa interna específica” en materia de inmunidades, unida a la “insuficiente respuesta del Derecho Internacional”, ha creado una serie de “disfunciones en la práctica” que conviene remediar.

1.1. España no cuenta –dice la memoria– “con un instrumento normativo que regule las cuestiones vinculadas, de uno y otro modo, a las inmunidades de los Estados extranjeros, de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en nuestro país o de las Conferencias y Reuniones internacionales que aquí se celebran”, y “que contemple los privilegios que corresponden a este último tipo de encuentros”, sino que tan sólo existen “remisiones genéricas al Derecho Internacional en la materia”, contenidas en el art. 21 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y en el art. 36 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, ese ordenamiento internacional al que remite el Derecho español “no brinda una respuesta satisfactoria por dos clases de motivos” señalados en la memoria:

– En unos casos, “los instrumentos internacionales o las normas consuetudinarias existentes en relación con estas materias, aunque puedan ser universales por el número de sujetos obligados, no abarcan la totalidad de las cuestiones que se plantean” y, por tanto, “su respuesta, pese a su carácter universal, es sólo parcial”.

Tal ocurre en el ámbito de la “inmunidad del Estado extranjero”, pues, aun cuando el ordenamiento internacional regula, en una serie de normas convencionales que han sido ratificadas por el Reino de España, los privilegios e inmunidades de algunos de los órganos estatales que participan en la acción exterior (Convenio sobre relaciones diplomáticas, Viena, 1961; Convenio sobre relaciones consulares, Viena, 1963; y Convención sobre las misiones especiales, Nueva York, 1969) y la inmunidad de jurisdicción de los buques de guerra y de Estado destinados a fines no comerciales (Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de Montego Bay, 1982), “son muchos los aspectos de la inmunidad del Estado que no han sido abordados en el plano internacional a través de instrumentos convencionales universales”. Esta situación va a mantenerse durante “bastante tiempo”, teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2004) “no tiene visos de entrar en vigor”, pues, transcurridos diez años desde su apertura a la firma, sólo ha sido ratificada por diecisiete Estados –entre ellos, el Reino de España– de los treinta que son necesarios.

– En otros casos, “el problema reside en el carácter excesivamente específico de los instrumentos internacionales, que se aplican a supuestos concretos”.

Así sucede con las Fuerzas Armadas de un Estado presentes en el territorio de otro y con las Organizaciones internacionales, ya que la regulación internacional de su inmunidad se contiene fundamentalmente en “normas convencionales ad hoc”.

El estatuto de las “Fuerzas Armadas visitantes” se establece “en los llamados, por sus siglas en inglés, SOFAs (*Status of Foreign Forces Agreements*), que tienen un alcance particular en cuanto al ámbito del personal cubierto; así, junto al SOFA OTAN (Convenio entre los Estados parte del Tratado del Atlántico Norte relativo al Estatuto de sus Fuerzas, Londres, 1951), tenemos los distintos SOFAs de Naciones Unidas, pero ninguno de ellos da cobertura a la presencia en España de tropas que no se vinculen con los organismos citados”.



En lo que respecta a las “Organizaciones internacionales”, existe una “respuesta articulada y común” por parte de los Estados miembros de Naciones Unidas (Convención General sobre privilegios e inmunidades de Naciones Unidas, Nueva York, 1946; Convención sobre privilegios e inmunidades de los organismos especializados, Nueva York, 1946) y de la Unión Europea (Protocolo núm. 7, anejo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, 2007). En cambio, “las inmunidades de las demás Organizaciones internacionales se recogen normalmente en los denominados “Acuerdos de sede”, celebrados entre la Organización internacional de que se trate y el Estado que la acoge en su territorio”.

Por último, la situación normativa atinente a las “Conferencias y Reuniones internacionales” que se celebran, en un momento dado, en un determinado país “es probablemente la más insatisfactoria de todas las descritas hasta ahora”. En este caso, “no solo no existe ningún tratado internacional general, ni ninguna costumbre que pueda aplicarse en relación con las inmunidades de los participantes y sus privilegios, sino que los tratados internacionales que se celebran ad hoc son, además, perecederos, en el sentido de que terminan, porque agotan sus efectos, una vez finalizado el encuentro que los motivó”.

1.2. La ausencia de una regulación específica sobre privilegios e inmunidades en el ordenamiento español, “que no se ve del todo suplida por el Derecho Internacional”, está produciendo “disfunciones de diverso tipo en la práctica” que se refieren en la memoria:

– La primera de ellas es que “los operadores jurídicos, empezando por los órganos jurisdiccionales nacionales, carecen de texto de referencia que establezcan el alcance de las inmunidades que corresponden a todas las instancias señaladas, pese a que se espera de ellos que apliquen correctamente el Derecho Internacional, so pena de comprometer la responsabilidad internacional de España”.

– La segunda de tales disfunciones es que “España se ha encontrado en una posición negociadora debilitada frente a otros Estados que, como ella, aspiraban a poder acoger a personal cualificado de otras Fuerzas Armadas para impartirles en nuestros centros de formación militar cursos de alto nivel especializados, por el hecho de que la exclusión de dicho personal del SOFA OTAN no se veía compensada por una legislación interna que les garantizara un tratamiento similar al de las Fuerzas OTAN”.



– En tercer lugar, el panorama descrito “tiene también repercusiones negativas en los poderes de las Cortes Generales”. En el caso de las Conferencias y Reuniones internacionales, a falta de una ley reguladora de los privilegios e inmunidades de las delegaciones de los Estados miembros, se recurre a la celebración de tratados ad hoc. Más allá de los esfuerzos negociadores invertidos en cada uno de los sucesivos tratados, “quizá el problema mayor, que ha sido no sólo criticado en sede parlamentaria, sino también denunciado por la doctrina, reside en el hecho de que normalmente la tramitación de estos tratados, precisados de la autorización de las Cortes Generales, requiere más tiempo del disponible antes de la celebración del evento”. Esta circunstancia “se resuelve recurriendo a la aplicación provisional” del tratado, por lo que, para cuando se tramitan en las Cortes, la Conferencia o la Reunión ya se ha celebrado y, por tanto, los tratados han agotado sus efectos.

– Por último, “los particulares”, tanto personas físicas como jurídicas, “se ven también directamente perjudicados” por la ausencia de una regulación interna sobre privilegios e inmunidades, “especialmente en la medida en que mantengan relaciones, voluntarias o fortuitas (pensemos, sin ir más lejos, en un

arrendamiento o en un accidente de circulación), con un Estado extranjero que opera en nuestro país o con una Organización internacional que tiene aquí su sede”. El desconcierto respecto del marco normativo en el que se ubican tales relaciones “no se compadece con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica”.

2. En este estado de cosas, se ha elaborado el presente anteproyecto, en línea con lo que han hecho ya otros países. En algunos de ellos existen, en efecto, leyes reguladoras de las inmunidades de los Estados extranjeros (Estados Unidos, 1976; Reino Unido, 1978; Singapur, 1979; Pakistán, 1981; Sudáfrica, 1981; Canadá, 1982; Australia, 1985; Argentina, 1995; Israel, 2008; y Japón, 2009) o de las Organizaciones internacionales (Reino Unido, 1968; Austria, 1977; y Malasia, 1992) y del estatuto de las Fuerzas Armadas extranjeras (Reino Unido, 1952; y Australia, 1963). En otros, menos numerosos, se ha abordado el régimen de inmunidades con carácter general, comprendiendo en una sola norma a sus diferentes beneficiarios (Nueva Zelanda, 1968; y Suiza, 2007).

Los objetivos perseguidos por el anteproyecto son –según dice la memoria– los siguientes:

– Por una parte, se pretende “incorporar” al ordenamiento español las previsiones de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2004), que ha sido ratificada por el Reino de España. No obstante, como esta Convención no se encuentra todavía en vigor, su incorporación “no es técnicamente tal”, sino que se utiliza únicamente como “fuente de inspiración e instrumento de referencia” en la redacción de la norma.

– Por otra parte, el anteproyecto ofrece una “regulación de mínimos en aquellas materias, como son el estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes y de las Organizaciones internacionales con sede en España, que suelen ser objeto de un tratamiento convencional específico”, así como una “regulación pormenorizada y estable de los privilegios e inmunidades de las Conferencias o Reuniones internacionales, actualmente inexistente tanto en el plano internacional como el interno, que evitaría el continuo recurso a tratados internacionales particulares, cuya tramitación parlamentaria no es todo lo óptima que debiera”.

3. Con estos propósitos, el anteproyecto “aborda de manera comprensiva –dice la memoria– distintos ámbitos de inmunidades que suelen estar bien diferenciados en la mayoría de las leyes nacionales (con excepción de Nueva Zelanda y Suiza, que cuentan con leyes generales) y en la práctica codificadora internacional”, en este último caso por exigencias de la propia negociación de los tratados, ya que, cuanto más limitado es su objeto, más posibilidades existen de alcanzar un acuerdo.

La opción de una “ley ómnibus” se justifica, por una parte, en que el régimen de inmunidades tiene aspectos comunes, con independencia de quien sea el beneficiario de aquéllas, tales como “su apreciación de oficio por los órganos jurisdiccionales”, “el papel que la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación desempeña en estos casos” o “los canales de comunicación a efectos de emplazamientos y notificaciones”; y, por otra, en que esta ley está destinada a convertirse en “el instrumento nacional de referencia en esta materia”, de forma que, ante cualquier cuestión que se suscite en la materia, “los operadores jurídicos sabrán a dónde dirigirse en búsqueda de una respuesta legal, cualquiera que sea el ente frente al que se plantee”.

No obstante, se reconoce en la memoria que “la homogeneidad del anteproyecto”, dedicado a la regulación de las inmunidades, “se rompe con la inclusión en el título VI de las previsiones relativas a los privilegios, y no sólo a las inmunidades, de las Conferencias y Reuniones internacionales”. La razón de tal circunstancia es que “si el anteproyecto se hubiese limitado” a establecer el régimen de inmunidades de tales Conferencias y Reuniones, “no se habría terminado de resolver el problema al que se pretendía dar respuesta: evitar la celebración de acuerdos internacionales sobre este tema cada vez que tiene lugar en España una Conferencia o Reunión internacional y tener que aplicarlos provisionalmente por razones de urgencia”.

4. En estos términos, la aprobación de la proyectada Ley Orgánica –dice la memoria– “contribuiría a mejorar la aplicación del Derecho Internacional por parte de nuestros órganos jurisdiccionales, que, por razón de la materia, son los principales protagonistas de dicha aplicación”, “repercutiría también en una mejora de la imagen de nuestro país, que pasaría a engrosar las filas del grupo de Estados que cuentan con leyes sobre inmunidades, un grupo reducido en cuanto a su número, pero en el que se encuadran Estados influyentes en la escena internacional”, e “introduciría igualmente una mayor seguridad jurídica, dado que, junto con los tratados sobre la materia ya vigentes para España, constituiría el marco de actuación de los poderes estatales”.

De un modo más concreto, la memoria analiza el impacto que tendrá la norma desde cuatro puntos de vista diferentes, a saber, internacional, económico, presupuestario y de género:

– El impacto internacional se considera “muy positivo”, dado que “mejoraría la imagen de España como un Estado activo en materia internacional y jurídicamente seguro” y “permitiría orientar, a partir de ahora, el papel de nuestro país en los trabajos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional en esta materia”.

– El impacto económico se califica igualmente de “positivo”, pues “la existencia de una regulación clara, sistemática y actualizada mejoraría la seguridad jurídica y la certeza sobre la normativa aplicable”, lo que “convertiría a España en un país más atractivo para acoger alguna sede de una Organización internacional o una Conferencia o Reunión internacional o para ofrecer formación especializada a militares de otros países, con las repercusiones económicas que todo ello conlleva”.

– El impacto presupuestario se dice inexistente, ya que el anteproyecto “no introduce ninguna carga presupuestaria nueva ni para la Administración del Estado ni para las Comunidades Autónomas”; en particular, se aclara que “las funciones que atribuye al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación como canal de comunicación e instancia de elaboración de informes se acometerán con los medios personales de los que ya dispone, sin incremento de dotaciones ni de gastos de personal”.

– Por último, el impacto de género se reputa “neutro”, pues la norma proyectada no introduce desigualdad entre hombres y mujeres en la aplicación de privilegios e inmunidades jurisdiccionales.

SEGUNDO. Contenido del expediente

El texto inicial del anteproyecto, de fecha 11 de marzo de 2015, y al que se adjunta la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo, fue informado el 13 de marzo siguiente por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

A resultas de las observaciones recibidas, se elaboró una nueva versión del anteproyecto, con su respectiva memoria, que fue informada por la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y la Dirección General del Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha 24 de marzo de 2015, por las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte, de Defensa y de Interior, en la misma fecha, y, en fin, por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, que, en escrito de 25 de marzo de 2015, se ha lamentado de “no haber tenido la oportunidad de estudiar el anteproyecto con la mínima profundidad”, ni de haber “convenido el contenido del mismo, en condición de coproponente”, con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. Ese mismo día, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas emitió una breve nota en relación con una de las observaciones formuladas por el Ministerio de Defensa, y este último departamento presentó, con fecha 7 de abril de 2015, un nuevo informe sustitutivo del anterior. El 29 de abril de 2015 evacuó su informe la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

También se ha remitido el anteproyecto al Consejo Fiscal y al Consejo General del Poder Judicial, que emitieron sus respectivos informes con fechas 27 y 29 de mayo de 2015.

El 19 de junio de 2015, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia extendió su informe final sobre la norma.

El texto del anteproyecto remitido a dictamen del Consejo de Estado lleva fecha 22 de junio de 2015 y va acompañado de la correspondiente memoria del análisis de impacto normativo.

Con posterioridad a la entrada del expediente se ha recibido, con fecha 20 de julio de 2015, copia debidamente diligenciada de un acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado en su reunión del 17 de julio anterior, por la que se solicita a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión del dictamen, “con carácter urgente y antes del 24 de julio”, en los términos del art. 128 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.

A la vista de estos antecedentes, se formulan las siguientes consideraciones.

I. Carácter de la consulta

Se somete a consulta el anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

La petición de dictamen a este Consejo de Estado no se justifica en un precepto legal concreto. El art. 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, prevé que el Pleno del Consejo de Estado deberá ser consultado en los “anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de

tratados, convenios o acuerdos internacionales”. Este precepto se encuentra formulado desde la consideración de que la intervención del Consejo de Estado en Pleno es preceptiva cuando se trata de verificar la adecuación de las nuevas normas internas al Derecho Internacional. El anteproyecto sometido a consulta se ha elaborado por referencia o remisión a normas convencionales, principios consuetudinarios y criterios jurisprudenciales de alcance internacional. Aunque el principal tratado internacional en que se inspira la regulación proyectada no ha entrado todavía en vigor –la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (Nueva York, 2004)–, hay otros que sí lo están y que se mencionan en la propia exposición de motivos del anteproyecto –el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982) o el Convenio sobre aviación civil internacional (Chicago, 1944), entre otros–. No cabe duda, por otra parte, de que el régimen de privilegios e inmunidades que pretende establecerse a nivel interno ha de respetar un “acervo internacional” de diverso origen –convencional, consuetudinario y jurisprudencial, en los términos ya señalados– que justifican la competencia del Pleno del Consejo de Estado en relación con el presente anteproyecto.

No obstante, a la vista del acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 2015, por el que se solicita el dictamen “con carácter urgente y antes del 24 de julio”, debe estarse a lo dispuesto en el art. 19.2 de la citada Ley Orgánica del Consejo de Estado y en el art. 128.3 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, según el cual “si el plazo fijado fuese inferior a diez días, la consulta será despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno”.

II. Tramitación del expediente

Desde un punto de vista procedimental, resulta de aplicación al ejercicio de la iniciativa legislativa del Gobierno lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre.



Figura en el expediente una primera versión del anteproyecto elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, a la que se acompaña una memoria del análisis de impacto normativo, en la que, entre otras cuestiones, se analiza la necesidad y oportunidad de la norma así como su impacto económico-presupuestario y por razón de género, de acuerdo con lo previsto en el art. 22.2 de la Ley del Gobierno.

Sin embargo, no consta que, antes del inicio de la tramitación del expediente, el Consejo de Ministros haya tomado razón de esta propuesta legislativa, como es legalmente obligado: “El titular del departamento proponente –dice el art. 22.3 de la Ley del Gobierno– elevará el anteproyecto al Consejo de Ministros a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización, sin perjuicio de los le-

galmente preceptivos”. En el presente caso, parece que es el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación quien directamente ha puesto en marcha el expediente, sin la previa toma de razón del Consejo de Ministros.

Durante la tramitación del mismo se han evacuado las preceptivas consultas al Consejo General del Poder Judicial (art. 108.1.e) y f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) y al Consejo Fiscal (art. 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre) y se han incorporado los informes de las Secretarías Generales Técnicas de diferentes departamentos y, en particular, de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Justicia.

El texto final del anteproyecto remitido al Consejo de Estado es el resultado de las observaciones recibidas durante la tramitación del expediente, buena parte de las cuales –y, en particular, por su importancia, las formuladas por el Consejo General del Poder Judicial– han sido aceptadas. En esta última versión figura la antefirma de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de Justicia.

En la medida en que, tras el dictamen del Consejo de Estado, se deberá someter el anteproyecto al Consejo de Ministros para su aprobación como proyecto de Ley Orgánica y su remisión al Congreso de los Diputados, de acuerdo con lo previsto en el art. 22.4 de la Ley del Gobierno, la ausencia de una previa toma de razón por parte del Consejo de Ministros no puede considerarse un obstáculo para que continúe la tramitación del expediente.

III. Títulos competenciales del anteproyecto

La disposición final primera del anteproyecto precisa que la presente Ley Orgánica se dicta al amparo de las competencias exclusivas del Estado en materia de “relaciones internacionales” y “legislación procesal”, previstas en el art. 149.1.3ª y 6ª de la Constitución.

A juicio del Consejo de Estado, los títulos competenciales invocados son los pertinentes en atención al contenido de la norma proyectada, por cuando en ella se reconocen privilegios e inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles a determinados sujetos de Derecho Internacional.

IV. Naturaleza normativa del anteproyecto

El anteproyecto tiene el carácter de Ley Orgánica. Esta calificación se encuentra justificada en la medida en que la norma proyectada establece un régimen de privilegios e inmunidades que, por su propia naturaleza, constituyen una excepción a la potestad jurisdiccional de los tribunales españoles contemplada en el art. 117.3 de la Constitución y regulada en la Ley Orgánica 8/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y, por ende, inciden en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 de la Constitución, de quienes pretendieran actuar en España frente a los sujetos beneficiarios de tales privilegios e inmunidades.

El Consejo General del Poder Judicial ha observado, sin embargo, que “ese carácter orgánico no se justifica en todo su articulado, pues no participan del mismo las normas que regulan los trámites procesales a través de los cuales se han de hacer valer las inmunidades, las que regulan el régimen de notificaciones y emplazamientos, el régimen de comunicaciones y los demás aspectos de naturaleza meramente procesal”; por tal razón, considera necesario “diferenciar de forma expresa el carácter, orgánico u ordinario, de las normas que integran el articulado del anteproyecto, de cara, fundamentalmente, a establecer las exigencias legislativas para una eventual modificación”.

En efecto, los preceptos incluidos en el título VII del anteproyecto, dedicado –como su propia rúbrica señala– a “cuestiones procedimentales”, carecen, a juicio de este Consejo de Estado, de naturaleza orgánica, salvo el art. 56 que establece los “privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales durante la sustanciación del proceso”.

Como es bien conocido, la jurisprudencia constitucional ha admitido desde sus primeros pronunciamientos la inclusión de preceptos no orgánicos en una ley orgánica con una doble condición: por una parte, es necesario que los mismos “desarrollen el núcleo orgánico” y “constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia”; por otra, se deberán “concretar en todo caso” los preceptos que no tienen carácter orgánico (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, FJ 51.d, entre otras).

Siendo así, de acuerdo con las consideraciones expuestas y atendiendo a lo previsto en el punto 42.b.1º de las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de

2005, deberá incluirse una disposición final en el anteproyecto sometido a consulta que indique el carácter no orgánico de sus arts. 49 a 55.



V. Consideraciones generales

A) Sobre el alcance del anteproyecto

A juzgar por su título, el anteproyecto de LO sometido a consulta versa “sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

El análisis de la parte dispositiva de la norma proyectada evidencia, sin embargo, que el anteproyecto no solo resulta de aplicación a los Estados extranjeros (título I), a las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España (título V) y a las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (título VI), sino también a determinados representantes de los Estados extranjeros –los Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores (título II)– y a ciertos instrumentos o medios al servicio de éstos –los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado (título III) y las Fuerzas Armadas visitantes (título IV)–. Hecha esta precisión y teniendo en cuenta que, de acuerdo con el punto 7 de las ya mencionadas Directrices de técnica normativa, la redacción del título de cualquier norma jurídica debe ser “clara y concisa” y evitar la inclusión de “descripciones propias de la parte dispositiva”, no cabe objetar que el título del anteproyecto mencione únicamente a los “Estados extranjeros”, las “Organizaciones internacionales con sede u oficina en España” y las “Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”, máxime cuando en la referencia a los Estados extranjeros quedan naturalmente comprendidos sus representantes y los instrumentos o medios con que aquellos cuentan.

El principal objetivo del anteproyecto es el establecimiento del régimen de “inmunidades” ante los tribunales españoles de quienes figuran comprendidos dentro de su ámbito de aplicación. En tal sentido, el art. 1.1º dispone:

“La presente LO tiene por objeto regular las inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles de: a) Los Estados extranjeros y sus bienes; b) Los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, así como de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros; c) Los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado; d) Las Fuerzas Armadas visitantes; e) Las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes; y f) Las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

Asimismo, el anteproyecto regula –según dice su art. 1.2– los privilegios aplicables a “los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, las Fuerzas Armadas visitantes, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones celebradas en España”. A la vista de este precepto, se advierte que el título del anteproyecto es incorrecto. De dicho título se infiere que la norma proyectada únicamente establece los privilegios de las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España: así lo afirma igualmente la exposición de motivos (p. 3, último párrafo) y la memoria del análisis de impacto normativo (p. 8, punto 3, último párrafo). Lo cierto, sin embargo, es que el anteproyecto también reconoce privilegios a las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España, a los altos representantes del Estado extranjero y a las Fuerzas Armadas al servicio de éste, tal y como indica el art. 1.2 y pone de manifiesto un somero análisis de la parte dispositiva de la norma. Es más, el art. 56 del anteproyecto también otorga privilegios a los Estados extranjeros en cuanto tales, pese a que el mencionado art. 1.2 omita esta circunstancia. En realidad, el anteproyecto otorga privilegios a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, excepto a los buques de guerra y a los buques y aeronaves de Estado.

A la vista de las consideraciones realizadas, puede afirmarse que el anteproyecto establece, en mayor o menor medida, el régimen de “privilegios e inmunidades” de los “Estados extranjeros”, las “Organizaciones internacionales con sede u oficina en España” y las “Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”. Siendo así, debería modificarse el título de la norma proyectada, de forma que quedase redactado en los siguientes o similares términos: “Anteproyecto de LO sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

Asimismo, el art. 1 del anteproyecto (“Objeto”) podría recibir una nueva formulación, eliminándose el segundo de sus actuales apartados y dando al precepto resultante el siguiente tenor:

“La presente LO tiene por objeto regular las inmunidades ante los órganos jurisdiccionales españoles y, en su caso, los privilegios aplicables a: a) Los Estados extranjeros y sus bienes; b) Los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, durante el ejercicio de su cargo y una vez finalizado el mismo; c) Los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado; d) Las Fuerzas Armadas visitantes; e) Las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes; y f) Las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España”.

El anteproyecto regula, por tanto, los privilegios e inmunidades que expresamente acaban de indicarse, dejando al margen –según precisa el art. 3– cualesquiera “otras inmunidades” reconocidas por el Derecho internacional, y, en particular, las otorgadas a las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales de un Estado, a las organizaciones internacionales individualmente consideradas y a los ingenios aeroespaciales y objetos espaciales. El tenor de este art. 3 es nuevamente impreciso –advuértase que las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales gozan de “privilegios”, además de “inmunidades”, de acuerdo con los Convenios que les resultan de aplicación– y, por ello, su redacción podría mejorarse tanto en su rúbrica (“Otros privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional y no afectados por la presente LO”) como en su parte dispositiva, que debería quedar formulada en los siguientes o similares términos:

“Lo dispuesto en la presente LO se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otros privilegios e inmunidades contemplados por el Derecho internacional y, en particular, de los reconocidos a: a) Las misiones diplomáticas, oficinas consulares y misiones especiales de un Estado; b) Las organizaciones internacionales y las personas adscritas a ellas. c) Los ingenios aeroespaciales y objetos espaciales propiedad de un Estado u operados por éste”.

B) Sobre la oportunidad del anteproyecto

Aunque el anteproyecto establece, como acaba de apuntarse, el régimen de privilegios e inmunidades ante los tribunales españoles de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, la mayor parte de su contenido se dedica, en realidad, a la regulación de las inmunidades.

El anteproyecto aborda la inmunidad de las Organizaciones internacionales y de las Conferencias y Reuniones internacionales partiendo de los principios rectores de la doctrina de la inmunidad de los Estados extranjeros, a la que, por esta razón, es preciso prestar en este momento una atención especial.

La inmunidad de los Estados extranjeros en la esfera internacional es un corolario de su soberanía y se expresa en la máxima *par in parem imperium non habet* de la que se hace eco la propia exposición de motivos de la norma proyectada. Esta inmunidad tiene una doble vertiente: por una parte, los Estados no pueden ser demandados ni sometidos a juicio ante los tribunales de otro Estado (inmunidad de jurisdicción); por otra, los Estados no pueden ser objeto de medidas de ejecución dictadas por esos mismos tribunales (inmunidad de ejecución).

La doctrina de la inmunidad de los Estados tiene un origen esencialmente consuetudinario y se ha ido decantando sobre todo a la vista de los criterios sentados por la jurisprudencia, tanto de los tribunales internos, especialmente –aunque no solo– en los Estados Unidos de América y el Reino Unido, como de los tribunales internacionales –Corte Internacional de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros–. Esta jurisprudencia ha ido evolucionando desde el reconocimiento de la “inmunidad absoluta” de los Estados, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad objeto de enjuiciamiento, a la aceptación de una “inmunidad restringida” que parte de la diferenciación entre actos de imperio (*acta iure imperii*) y actos de gestión (*acta iure gestionis*): los primeros, en cuanto realizados por el Estado en ejercicio de su poder soberano, gozan de inmunidad; los segundos, al estar sujetos a las reglas ordinarias del tráfico privado, carecen de ella.

Esta distinción, todavía vigente en la jurisprudencia interna de muchos Estados, se enfrenta al problema fundamental de que la línea divisoria entre los actos de imperio y los actos de gestión dista de ser nítida, y así sucede que, en ocasiones, un mismo acto es considerado de imperio por los tribunales de un Estado y de gestión por los de otro.

La inseguridad jurídica derivada de esta distinción ha tratado de remediarse a través de la elaboración de normas convencionales relativas al régimen de inmunidades. Sin embargo, el recelo de los Estados a efectuar renunciaciones en el ejercicio de su propia jurisdicción ha motivado que el número y relevancia de las previsiones de origen convencional en esta materia sea bien modesto y, lo más importante, que no exista un tratado multilateral que regule de forma general las inmunidades estatales. La mayor parte de las normas internacionales sobre inmunidades se incluyen en convenios de objeto específico: así sucede, por ejemplo, respecto de los buques y aeronaves de Estado, en los convenios sobre el derecho del mar o la aviación civil internacional; respecto de las Fuerzas Armadas visitantes, en los convenios suscritos por los Estados parte de organizaciones militares como el Tratado del Atlántico Norte; y, en fin, respecto del personal al servicio de Organizaciones internacionales como Naciones Unidas o la Unión Europea, en los convenios celebrados por los Estados parte de dichas Organizaciones. La necesidad de una regulación de ámbito general llevó a que se firmase, a nivel regional, el Convenio europeo sobre la inmunidad de los Estados (Basilea, 1972), que no ha sido ratificado por el Reino de España, y a que, en el marco de las Organizaciones de las Naciones Unidas, se aprobase el Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (Nueva York, 2004), que ha sido únicamente ratificado por diecisiete Estados parte –entre ellos, España– de los treinta que se precisan para su entrada en vigor, sin que en un futuro próximo sea previsible –dice la memoria del anteproyecto– que vaya a reunirse ese número.

Dada la ausencia de normas convencionales de alcance general sobre el régimen de inmunidades estatales y la incertidumbre generada en la práctica por la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, se viene asistiendo desde el último cuarto del siglo pasado a un proceso ininterrumpido de aprobación de leyes nacionales en materia de inmunidades con el objeto de dotar a los Estados extranjeros y a los propios órganos jurisdiccionales de criterios claros al respecto, en garantía de una mayor seguridad jurídica en las relaciones jurídico-internacionales. Los primeros países en aprobar este tipo de normas fueron los Estados Unidos de América (*Foreign Sovereign Act*, 1976) y el Reino Unido (*State Immunity Act*, 1978), que se han visto secundados por otros enumerados en la memoria del anteproyecto. En estas leyes se prescinde de la compleja distinción entre actos de imperio y actos de gestión y se opta, de modo más

sencillo, por el reconocimiento de la inmunidad de los Estados extranjeros como regla general y el establecimiento de una serie de excepciones tasadas a la misma.



En España, el ordenamiento interno no contiene todavía una regulación específica de las inmunidades de los Estados extranjeros. El art. 21.1º LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), se limita a efectuar una remisión a las “normas de Derecho internacional Público” en la materia. Dice así este precepto:

“1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho internacional Público.”

En la medida en que no existen convenios de alcance general sobre el régimen de inmunidades de los Estados extranjeros, la remisión a las “normas de Derecho internacional Público” contenida art. 21.2º LOPJ comporta que los órganos jurisdiccionales españoles tengan que enfrentarse a una labor especialmente compleja cuando conocen de demandas formuladas contra Estados extranjeros. Hace ya más de dos décadas que el Tribunal Constitucional tomó conciencia de esta situación y recomendó al legislador español que procediera a la regulación interna de las inmunidades de los Estados extranjeros: “La determinación del régimen vigente en nuestro ordenamiento en materia de inmunidades de los Estados extranjeros – se lee en la Sentencia 107/1992, de 1 de julio (FJ 3)– es tarea que entraña cierta dificultad. Dicha dificultad deriva del hecho de que, a diferencia de otros países, que han codificado esta materia en leyes específicas o como parte de leyes procesales generales, nuestro legislador decidió seguir la técnica de la remisión normativa, defiriendo en bloque al Derecho internacional público el sistema de inmunidades estatales. Esta remisión al Derecho internacional Público obliga al intérprete de nuestro Derecho y, en particular, obliga a los órganos jurisdiccionales españoles a adentrarse en dicho ordenamiento para sacar a la luz los supuestos en que pueden verse impedidos de ejercer actividad jurisdiccional –sea ésta de naturaleza declarativa, ejecutiva o cautelar– frente a determinados sujetos amparados por la inmunidad (Estados extranjeros, personas jurídico– públicas extranjeras, personal diplomático y consular, etc.). La remisión implica, en consecuencia, la necesidad de que los órganos jurisdiccionales españoles –incluido este Tribunal– se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional, tal y como han tenido que hacer otros tribunales nacionales, sin que ello suponga en absoluto una interferencia por parte del ordenamiento español en el Derecho internacional público, pues las normas de éste se conforman, entre otras

cosas, en función de las prácticas internas adoptadas en cada materia por los Estados miembros de la Comunidad Internacional. La mencionada remisión normativa del art. 21.2º LOPJ exige, en cada caso, determinar la norma aplicable en conexión con el ordenamiento internacional; solución ésta a la que nada cabe achacar en estrictos términos jurídico-constitucionales, aunque parece aconsejable – dijo el Tribunal Constitucional– que se lleve a cabo un desarrollo legislativo de esta materia que produzca una mayor seguridad jurídica”.

En tanto esta ley no sea aprobada, la concreción de esas normas internacionales a las que remite el art. 21.2º LOPJ es – según se afirma en la sentencia mencionada– “una tarea que exige del intérprete una inducción basada en datos diversos, las convenciones internacionales de carácter universal o regional y las prácticas internas de los Estados, tanto en el plano legislativo, como en el judicial y administrativo; tarea que al tiempo debe tener en cuenta el proceso evolutivo que en esta materia es apreciable en la realidad internacional”.

A la vista de estos datos, el Tribunal Constitucional considera predominante la doctrina de la “inmunidad jurisdiccional restringida”, basada en la distinción entre actos de imperio y actos de gestión antes apuntada, de forma que solo los primeros gozan de ella: “Desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción, fundada en la igual soberanía de los Estados que expresaba el adagio *par in parem imperium non habet*, el ordenamiento internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo –se observa en la sentencia ya referida– hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general”.

A la misma conclusión llega el Tribunal Constitucional en relación con la inmunidad de ejecución:

“Si de la inmunidad de jurisdicción pasamos a la inmunidad de ejecución, cabe apreciar mayores cautelas –dice– a la hora de sentar excepciones a la regla de la inmunidad, mas sin que quepa negar que dichas excepciones se van abriendo paso en la práctica de numerosos Estados. Dichas excepciones –señala– siguen la huella del criterio sentado para la inmunidad de jurisdicción, es decir, se considera incontrovertible que un tribunal interno no puede adoptar medidas de ejecución (o cautelares) sobre bienes de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro que sean destinados por aquél al sostenimiento de actividades soberanas o de imperio”.

Esta doctrina de la inmunidad restringida de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros que fue acogida en la Sentencia 107/1992, de 1 de julio, del Tribunal Constitucional, ha sido reiterada en otros pronunciamientos posteriores y se halla igualmente presente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El examen de los asuntos resueltos por ambos órganos evidencia, en todo caso, que la distinción entre actos de imperio y actos de gestión está lejos de ser clara en la práctica, con la consiguiente inseguridad para los Estados extranjeros, los órganos jurisdiccionales nacionales y los particulares demandantes.

Las consideraciones hasta aquí realizadas, y, en particular, la abierta recomendación dirigida al legislador por el Tribunal Constitucional para que regule el régimen de las inmunidades de los Estados extranjeros en España, justifican la elaboración del anteproyecto que es objeto del presente dictamen, que sigue la senda iniciada en los años setenta del pasado siglo por los Estados Unidos de América y el Reino Unido y continuada después por otros países. Sería oportuno, en todo caso, que la exposición de motivos de la norma proyectada hiciera referencia expresa a tal recomendación, citando la sentencia en que la misma se formuló. En definitiva, la oportunidad de la norma proyectada se fundamenta en la necesidad de garantizar la certeza en el ámbito jurisdiccional interno de las relaciones jurídicas entabladas con los Estados extranjeros.

El Consejo General del Poder Judicial ha observado que “si dicha finalidad es absolutamente loable, no debe escaparse la relevante circunstancia de que el ejemplo que ofrecen los ordenamientos que han incorporado regímenes de inmunidad son aquellos de corte anglosajón que necesitan de una norma para trasladar las disposiciones incluidas en los textos internacionales, lo que en cambio no sucede en el Derecho español, donde las normas contenidas en los tratados internacionales suscritos por España forman parte del ordenamiento jurídico y son directamente aplicables desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 1.5º Cc y 96 CE)”. No es claro, sin embargo, que la aprobación de estas leyes nacionales sobre

inmunidades del Estado se explique por las particularidades del sistema de recepción de los tratados internacionales en los países de *common law*, y ello no solo porque otras naciones ajenas a esta tradición jurídica hayan procedido de la misma manera (en la memoria del análisis de impacto normativo se cita, por ejemplo, a Argentina, Japón, Austria e Israel), sino también, y de manera muy especial, porque no existen convenios internacionales en materia de inmunidades de los Estados extranjeros con el mismo alcance general que caracteriza a tales leyes, es decir, no hay convenios de esta naturaleza susceptibles de ser incorporados al ordenamiento interno. En realidad, la justificación de estas leyes se encuentra en la ausencia de tratados multilaterales sobre inmunidades de los Estados extranjeros, que obligaba a los tribunales de esos países a acudir a la distinción entre actos de imperio y actos de gestión, con las dificultades prácticas que su aplicación generaba. Tal es el fundamento, asimismo, de la recomendación dirigida al legislador español que se contiene en la STC 107/1992, de 1 de julio, ya mencionada.



Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que la decisión de “optar por establecer una norma interna al margen de procedimientos de creación normativa internacional tiene como consecuencia que no pueda garantizarse un tratamiento equivalente al dispensado por la *lex fori*, riesgo que, sin embargo, se conjura y desaparece cuando se trata de regímenes uniformes contenidos en una norma convencional”. Sin embargo, tal riesgo no deriva tanto de la aprobación de una ley interna como, nuevamente, de la ausencia de tratados multilaterales sobre inmunidades de los Estados extranjeros. Se trata, en todo caso, de un riesgo que el legislador puede fácilmente evitar con el simple recurso de supeditar la aplicación de la norma interna al “principio de reciprocidad”, algo que, de hecho, hace el anteproyecto en aquellas previsiones donde se ha considerado necesario (art. 26, “Reciprocidad en la aplicación de la inmunidad del Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Ministro de Asuntos Exteriores”; y art. 33.2º, “Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, de su personal militar y civil y de sus bienes”). No resulta evidente, por otra parte, que la aplicación de la totalidad del anteproyecto deba condicionarse al principio de reciprocidad: a este respecto, debe tenerse en cuenta que la norma proyectada asume el criterio de la inmunidad restringida de los Estados extranjeros y, por ello, sus previsiones más relevantes son precisamente las que consagran excepciones a dicha inmunidad; en la medida en que estas excepciones garantizan el enjuiciamiento de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en una serie de supuestos queridos por el legislador español, no parece que su aplicación deba supeditarse a la observancia del principio de reciprocidad.

A la vista de las consideraciones realizadas, es obligado concluir que, en ausencia de normas convencionales multilaterales de alcance general sobre inmunidades, la oportunidad del anteproyecto sometido a consulta se encuentra justificada por elementales razones de seguridad jurídica en las relaciones con los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales y las Conferencias y Reuniones internacionales que tengan un punto de conexión con España y puedan, por ende, quedar sometidas a la jurisdicción de los tribunales españoles.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que la norma proyectada no solo regula las inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones internacionales y las Conferencias y Reuniones internacionales, sino también el estatuto personal de sus representantes y miembros. El régimen de privilegios e inmunidades de éstos se rige –como ha de verse en el momento oportuno– por criterios parcialmente distintos de los que resultan de aplicación a los Estados extranjeros, Organizaciones internacionales y Conferencias y Reuniones internacionales que representan o integran. Tales criterios han sido deducidos de las normas convencionales aplicables a las relaciones diplomáticas y consulares y forman parte del derecho consuetudinario internacional. En este estado de cosas, la regulación del estatuto personal de los representantes de los Estados extranjeros, Organizaciones internacionales y Conferencias y Reuniones internacionales contenida en el anteproyecto se explica igualmente por motivos de seguridad jurídica.

Por lo demás, la aprobación del anteproyecto sometido a consulta debe necesariamente conllevar la reforma del art. 21.2º LOPJ, que tendría que pasar a decir: “Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por la legislación española y las normas de Derecho internacional Público”. La misma modificación debería realizarse en el art. 36.2.1ª Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que es una manifestación del art. 21.2º LOPJ en el ámbito civil. La reformulación de ambos preceptos debe realizarse incluyendo una nueva disposición final en el anteproyecto, de acuerdo con el criterio establecido en el punto 42.a) de las Directrices de técnica normativa.

C) Sobre los límites internacionales y constitucionales del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta se encuadra dentro de un orden normativo internacional de perfiles no siempre bien definidos. Aunque a lo largo de su articulado se hace mención a diversos convenios internacionales, la fuente normativa de referencia en la elaboración de la norma proyectada es el derecho consuetudinario internacional. El anteproyecto no tiene pues como objeto la incorporación de tratados internacionales –éstos, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno, tal y como dispone el art. 96.1º CE–, sino el establecimiento de un régimen interno de privilegios e inmunidades adecuado a las reglas de la práctica internacional que han sido deducidas, por vía de abstracción, de normas convencionales internacionales de ámbito diverso.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el reconocimiento de determinadas inmunidades a los Estados extranjeros y similares no es contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, siempre y cuando no acometa una “indebida extensión o ampliación” de tales inmunidades (Sentencia 107/1992, de 1 de julio, FJ 3), en el bien entendido de que una restricción excesiva de éstas también podría comportar la comisión de “un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado” (Sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 9). En la definición de estas inmunidades deberán tenerse en cuenta –como dice, por otra parte, el antes mencionado art. 21.2º LOPJ– “las normas de Derecho internacional Público que se obtienen de datos de origen muy diverso, entre los que se encuentran las convenciones internacionales y la práctica de los Estados” (SS 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3º, y 18/1997, de 10 de febrero, FJ 4º).

El principal marco normativo de referencia del presente anteproyecto es –como ya se ha señalado– el derecho consuetudinario internacional. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el contenido de la norma proyectada podría verse desplazado por la eventual aprobación de futuros convenios internacionales que regulasen los privilegios e inmunidades de un modo distinto; asimismo, podrían plantearse algunos conflictos de normas entre la legislación interna y los convenios internacionales que ya se encuentran en vigor. Por tal razón y pese a que ya existen en el ordenamiento español reglas o criterios de alcance general que permitirían seleccionar en tales casos la norma aplicable, debería incorporarse al anteproyecto –tal y como ha sugerido el Consejo General del Poder Judicial– una previsión que resuelva esa eventual concurrencia normativa de la ley interna y el convenio internacional en favor de este último, dada la especial posición que los tratados tienen en el sistema español de fuentes del derecho, a results de lo dispuesto en el art. 96.1º CE. A estos efectos, no es suficiente lo dispuesto en el proyectado art. 3, dado que este precepto se limita a dejar constancia de la existencia de otros privilegios e inmunidades reconocidos por el Derecho internacional que no son objeto de la norma, pero no establece la regla aplicable a los supuestos de colisión normativa entre ley interna y tratado internacional en relación con los privilegios e inmunidades contemplados en el anteproyecto.

VI. Contenido del anteproyecto

A) Inmunidades del Estado extranjero en España

El título I del anteproyecto (arts. 4 a 20) regula las inmunidades de los Estados extranjeros en España, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes (Nueva York, 2004). El Reino de España depositó su instrumento de adhesión a este Convenio el 11 septiembre 2011. Sin embargo, el Convenio no se encuentra en vigor, pues no se ha alcanzado todavía el número mínimo de ratificaciones, ni parece que vaya a conseguirse –dice la memoria– en un corto plazo. Por tal razón, el legislador español no está vinculado por dicho Convenio, que en el presente anteproyecto se toma como mera referencia, en cuanto puede considerarse como una expresión autorizada de las normas del derecho consuetudinario internacional.



El Consejo Fiscal ha estimado “coherente” que “se integren en el Derecho interno las obligaciones que el Reino de España se ha comprometido a asumir en la esfera internacional”. El anteproyecto sometido a consulta recoge “casi literalmente” –en palabras del Consejo General del Poder Judicial– el contenido del referido Convenio, asumiendo así una concepción restringida de la inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles que parte de la regla general de la inmunidad pero, al mismo tiempo, contempla una serie de excepciones a dicho principio.

La regulación de las inmunidades del Estado extranjero prevista en el título I tiene una particular importancia en el conjunto del anteproyecto, porque hace las veces de “parte general” de la norma, sirviendo de modelo para la definición de las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, de los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado y de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España: así se explican las referencias a determinados preceptos del título I que se contienen en el título II (art. 23.2º), en el título III (art. 32), en el título V (art. 41) y en el título V (art. 41). En su informe, el Consejo General del Poder Judicial ha realizado un extenso análisis, a la vista del Convenio, de los preceptos incluidos en el título I del anteproyecto, formulando algunas observaciones puntuales que han sido aceptadas en su práctica totalidad por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y, por ende, recogidas en el texto sometido a la consideración de este Consejo de Estado.

No se ha incorporado, sin embargo, la sugerencia planteada por el Consejo General del Poder Judicial en relación con el art. 11 del anteproyecto. En este precepto se prevé que “salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria por muerte o lesiones sufridas por una persona o por daños o pérdida de bienes, causados por un acto u omisión presuntamente atribuible a dicho Estado, siempre que: a) el acto u omisión se hubiera

producido total o parcialmente en territorio español; y b) el autor material del acto u omisión se encuentra en territorio español en el momento en que dicho acto u omisión se produjo”. Al examinar este precepto, el Consejo General del Poder Judicial ha sostenido que debería permitirse el ejercicio de “acciones indemnizatorias por lesiones o daños causados por el Estado extranjero” ante los tribunales españoles, sin necesidad de que concurran las circunstancias establecidas en las letras a) y b) del proyectado art. 11, en el supuesto de “violaciones graves de normas internacionales de *ius cogens*”, en línea con las previsiones que al respecto se contienen –dice el Consejo– en la legislación norteamericana sobre inmunidades; en otras palabras, se propone que los tribunales españoles puedan conocer de acciones indemnizatorias por daños y perjuicios ocasionados por los Estados extranjeros fuera del territorio español en los que se aprecien tales violaciones.

En realidad, el art. 11 del anteproyecto se limita a recoger los términos del art. 12 del Convenio sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, que excepciona la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero por daños ocasionados en el territorio del Estado ante cuyos tribunales se ejercita la acción. Este precepto convencional asume una posición que puede calificarse de progresiva respecto del estado actual de la práctica internacional en materia de acciones de indemnizaciones de daños y perjuicios, ya que, en el supuesto contemplado, la jurisprudencia viene considerando que la inmunidad jurisdiccional de los Estados es acorde con el Derecho internacional si los daños traen causa de actos de imperio (Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 febrero 2012, asunto Alemania contra Italia, con Grecia como interviniente, en relación con daños ocasionados por Alemania en Italia y Grecia durante la Segunda Guerra Mundial) y, por ende, no resulta contraria al derecho de acceso a los tribunales reconocido en el art. 6.1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (STEDH 21 noviembre 2001, asunto *McElhinney contra Irlanda*; decisión de inadmisibilidad del mismo Tribunal de 12 diciembre 2002, asunto *Kalogeropoulos y otros contra Grecia y Alemania*). Con mayor razón se ha sostenido que la inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero no es contraria a dicho derecho fundamental en el caso de daños causados por éste fuera del territorio del Estado ante cuyos tribunales se ejercita la acción, (STEDH 21 noviembre 2001, asunto *Al-Adsani contra Reino Unido*).

Por otra parte, la propuesta formulada por el Consejo General del Poder Judicial de que los tribunales españoles puedan conocer de acciones indemnizatorias por los daños y perjuicios inferidos por los Estados extranjeros fuera del territorio español, si se aprecia una violación de normas internacionales de *ius cogens*, no solo tendría implicaciones en el ámbito de las inmunidades de los Estados extranjeros reconocidas por el Derecho internacional, que en tal supuesto viene siendo admitida en la práctica sin excepción, sino también en el de las competencias del orden jurisdiccional civil, que tendrían que ejercerse con carácter extraterritorial, como una suerte de “jurisdicción civil universal”, frente al criterio expresado en el vigente art. 22.3º LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de que “en el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes (...) en materia de obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan residencia habitual en España”, lo cual previsiblemente obligaría a modificar este precepto. Estas circunstancias, unidas al hecho de que el anteproyecto sometido a consulta tan solo pretende ser un texto básico de referencia en materia de inmunidades ajustado a las reglas actualmente vigentes del derecho consuetudinario internacional, permiten entender que la propuesta de referencia sobrepasa los objetivos perseguidos por la norma proyectada, sin perjuicio de que deba tenerse presente en los futuros avances que el ordenamiento español pudiera experimentar en esta materia.

B) Privilegios e inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros

El título II del anteproyecto (arts. 21 a 29) regula los privilegios e inmunidades del Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros, distinguiendo en función de que se encuentren en ejercicio de su cargo o hayan cesado en el mismo: en el primer caso, se les reconoce inviolabilidad e inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles por los actos, tanto oficiales como privados, realizados durante su mandato o con anterioridad al inicio de éste; en el segundo supuesto, se les atribuye inmunidad ante los tribunales españoles únicamente en relación con aquellos actos efectuados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, pero no por los anteriores a la asunción del cargo o por los de carácter privado ejecutados mientras ocupaban tales magistraturas.

Los privilegios e inmunidades de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros no se regulan de forma expresa en ningún tratado internacional. Las reglas definidoras del estatuto personal de los titulares de estos oficios públicos forman parte del Derecho consuetudinario internacional y han sido deducidas por los tribunales internos e internacionales a la vista de los privilegios e inmunidades establecidos en los Convenios sobre relaciones diplomáticas (Viena, 1961) y relaciones consulares (Viena, 1963) y en el Convenio sobre las misiones especiales (Nueva York, 1969). En los dos primeros Convenios se consagra la inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos (arts. 29 y 31 del Convenio sobre relaciones diplomáticas) y consulares (arts. 41 y 43 del Convenio sobre relaciones consulares) y se prevé que tanto una como otra cesarán “cuando terminen las funciones”, si bien la inmunidad jurisdiccional se mantendrá “respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones” (art. 39.2º del Convenio sobre relaciones diplomáticas; art. 53.3º del Convenio sobre relaciones consulares).



En el tercer Convenio mencionado se reconoce, en los mismos términos, la inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional de los miembros de las misiones especiales (arts. 29 y 31) y se establece que ambas cesarán “cuando terminen las funciones”, sin perjuicio de que la inmunidad jurisdiccional subsista “respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones” (art. 43.2º). Particularmente relevante, al objeto de la presente consulta, es la mención que en esta norma convencional se realiza a “los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno, Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado” que participan en una misión especial, a quienes se atribuye los privilegios e inmunidades establecidos en el Convenio y, también, los “reconocidos por el Derecho internacional” (art. 21).

La ratio de estos privilegios e inmunidades es –como se dice en el preámbulo de los dos primeros Convenios– “contribuir al desarrollo de las relaciones amistosas entre las naciones, prescindiendo de sus diferencias de régimen constitucional y social”, es decir, “no se conceden en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas en calidad de representantes de los Estados”. Estos privilegios e inmunidades no se agotan, por lo demás, en lo dispuesto en estos Convenios, sino que –como reconoce el mismo preámbulo– “las normas de Derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas”.

Esta invocación del Derecho internacional consuetudinario resulta especialmente pertinente cuando se trata de analizar el estatuto personal de los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros, ya que los privilegios e inmunidades de estas magistraturas han sido reconocidos por la práctica internacional sobre la base de los mismos principios que inspiran la regulación de los Convenios sobre relaciones diplomáticas, relaciones consulares y misiones especiales: así, en el periodo de su mandato, se les concede inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional por los actos realizados antes o durante el mismo, sean de carácter oficial o privado; y, una vez hayan cesado en sus funciones, se mantiene la inmunidad jurisdiccional solo en relación con los actos llevados a cabo en ejer-

cicio de sus funciones. Así pues, los Jefes de Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros, en tanto ocupan su cargo público, gozan de privilegios e inmunidades *rationae personae*, es decir, en razón del oficio que ostentan, por cualesquiera actos que hubieran realizado con carácter oficial o a título privado, mientras que, expirado su mandato, siguen disfrutando de inmunidades *rationae materiae*, esto es, respecto de aquellos actos que hubieran llevado a cabo en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El título II del anteproyecto se adecua a estas normas del Derecho consuetudinario internacional y, desde esta perspectiva, el Consejo General del Poder Judicial ha entendido que el régimen de inmunidades establecido en el mismo “no puede merecer objeción alguna”. No obstante, a renglón seguido plantea la “conveniencia de limitar la inmunidad penal *ratione materiae*” de la que disfrutaban los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, una vez expirado su mandato, en caso de que hubieran cometido “crímenes internacionales especialmente graves” como el genocidio, la desaparición forzada y otros similares. El Consejo General del Poder Judicial no cuestiona, pues, la inmunidad *rationae personae* de la que gozan los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores durante su mandato, ni siquiera en el supuesto de que se les acuse de crímenes de lesa humanidad. Únicamente sugiere que la inmunidad *ratione materiae* de que gozan tales cargos públicos después de abandonado el cargo se exceptúe si fueran acusados de dichos crímenes. El fundamento de esta observación estriba en que, tratándose de crímenes internacionales, “no cabría apreciar el fundamento de las inmunidades materiales”, pues los mismos nunca podrían entenderse amparados –dice el Consejo General del Poder Judicial– en el ejercicio de sus funciones oficiales. En definitiva, se propone que los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros no gocen de inmunidad penal ante los órganos jurisdiccionales españoles, después de la terminación de su mandato, en caso de que se les imputen crímenes internacionales.

Esta sugerencia se realiza partiendo de una consideración conjunta del régimen de inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros previsto en el anteproyecto y del principio de justicia universal establecido en el art. 23 LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en la redacción dada por la LO 1/2014, de 13 de marzo. En tal sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha destacado que “la justicia universal se concibe para la represión de delitos considerados especialmente graves y lesivos de los intereses generales de la comunidad internacional”, siendo así que “estos delitos, por su tipología, son susceptibles de ser imputados a las altas personalidades que rigen los designios de un Estado en un momento determinado, las cuales pueden verse beneficiadas de una inmunidad de jurisdicción no solo personal”, durante su mandato, “sino también material”, cuando han cesado en sus cargos, so pretexto de que sus crímenes fueron cometidos en el ejercicio de sus funciones.

En la práctica internacional, la posibilidad de introducir excepciones a la inmunidad jurisdiccional penal de las altas personalidades de un Estado por crímenes de especial gravedad se ha planteado de forma diferente en función de que el delito pretenda enjuiciarse ante los tribunales penales internacionales o los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los diversos tribunales penales internacionales que se han venido creando después de la Segunda Guerra Mundial justifican su existencia precisamente en la necesidad de perseguir los crímenes de lesa humanidad cometidos por Jefes del Estado, de Gobierno y otros cargos similares sin violentar la regla *pari passu non habet imperium* que está en la base de las inmunidades jurisdiccionales. La atribución de estas causas a los tribunales penales internacionales constituidos al efecto permite eludir el obstáculo de las inmunidades jurisdiccionales que impiden el procesamiento de los altos representantes de un Estado ante los tribunales internos de otro Estado. De este modo, las reglas estatutarias de los diferentes tribunales penales internacionales han previsto, de manera invariable, que los acusados de crímenes internacionales no podrán verse exonerados por el hecho de que tales actos hubieran sido realizados durante el desempeño de sus cargos oficiales (art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg; art. 7 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokyo; art. 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la antigua Yugoslavia; art. 6.2º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda; y art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). De este modo, los altos representantes del Estado pueden ser juzgados ante los tribunales penales internacionales, tanto durante su mandato como después del mismo, con las particularidades que, en el caso español, se pusieron de manifiesto en el dictamen 1.374/99, de 22 de julio, del Consejo de Estado, relativo al Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional.

En cambio, la norma de derecho consuetudinario internacional que consagra la inmunidad jurisdiccional penal de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Anteriores ante los órganos

jurisdiccionales nacionales ha mantenido su vigencia hasta nuestros días, por respeto a los principios de soberanía e igualdad de los Estados: tal inmunidad –conviene nuevamente recordarlo– es *rationae personae* durante el periodo de su mandato, esto es, opera con independencia del carácter oficial o privado de los actos realizados, y *ratione materiae* una vez expirado el mismo, es decir, solo se disfruta respecto de los actos que hubieran sido realizados en el ejercicio de funciones oficiales.



En este sentido, la Corte Internacional de Justicia, en Sentencia de 14 febrero 2000 (asunto *Orden de detención de 11 abril 2000*), recaída en un asunto en el que un tribunal belga había dictado una orden de detención contra el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República del Congo, afirmó que, de acuerdo con el derecho consuetudinario internacional, los titulares de este oficio público –o, mutatis mutandis, de la jefatura del Estado o del Gobierno– disfrutaban de “inviolabilidad e inmunidad jurisdiccional total durante el desempeño de su cargo” ante los tribunales de los demás Estados, sin distinción alguna en razón del carácter “oficial” o “privado” de sus actos (parágrafos 54 y 55), e incluso en el caso de que se sospeche que hubieran cometido “crímenes de guerra” o “crímenes de lesa humanidad” (parágrafo 58).

Ahora bien, la inmunidad de jurisdicción penal durante el desempeño del cargo no significa –según la Corte– impunidad respecto de los delitos que puedan haber cometido, con independencia de su gravedad (parágrafo 60), de ahí que puedan ser procesados en cuatro concretas circunstancias expresamente señaladas en la mencionada sentencia: en primer lugar, tales personas no disfrutaban de inmunidad en sus propios países y pueden, por tanto, ser juzgados en ellos, de acuerdo con las reglas del derecho interno; en segundo término, es posible que el Estado al que representan o han representado decida renunciar a la inmunidad ante los tribunales extranjeros; en tercer lugar, después de expirado su mandato, ya no disfrutarán de inmunidad total sino únicamente por los actos que hubieran realizado en ejercicio de sus funciones; por último, pueden ser procesados, tanto durante el desempeño de su cargo como tras la finalización del mismo, por ciertos tribunales penales internacionales jurisdiccionalmente competentes (parágrafo 61).

A la vista de este pronunciamiento, reiterado en otros posteriores de la propia Corte, cabe concluir que las inmunidades jurisdiccionales de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores ante los tribunales penales de otros Estados es “absoluta o total” durante su mandato, incluso por actos realizados al margen de sus funciones oficiales (inmunidad *rationae personae*), y “relativa o limitada” después de la finalización del mismo, ya que en este caso sí podrán ser juzgados por actos que no hubieran efectuado en el ejercicio de sus funciones oficiales (inmunidad *rationae materiae*). Estas mismas reglas de derecho consuetudinario internacional han sido expresamente asumidas por la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas en el proyecto de artículos del Convenio sobre inmunidad jurisdiccional penal de los funcionarios del Estado, según la redacción dada en el sexagésimo sexto periodo de sesiones que tuvo lugar en el año 2014.

La inmunidad de las altas magistraturas del Estado durante el desempeño de sus cargos (inmunidad *rationae personae*) nunca ha sido puesta en cuestión. En cambio, el alcance de la inmunidad de que siguen disfrutando cuando termina su mandato (inmunidad *rationae materiae*) no es algo pacífico: la discusión gira en torno a la interpretación que debe darse a la expresión “en el ejercicio de sus funciones” que se emplea en los Convenios sobre relaciones diplomáticas, relaciones consulares y misiones especiales y que, desde tales normas, ha pasado a formar parte del acervo consuetudinario internacional en materia de inmunidades. Sobre este particular se han mantenido dos posiciones bien diferenciadas: para unos, todos los actos realizados por los Jefes del Estado, los Jefes de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores en su condición de tales deben entenderse efectuados en el ejercicio de sus funciones. Para otros, solo merecen esta consideración los actos que puedan encuadrarse dentro de las funciones propias u oficiales de tales cargos y no aquellos otros que, aun habiendo sido realizados en la condición de Jefe del Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores, no forman parte de tales funciones, como es el caso – dicen– de los crímenes internacionales. Buen reflejo de ambas posiciones se encuentra en las opiniones expresadas a finales de 1998 por los cinco Lores de apelación en el asunto Pinochet, que concluyó con la denegación de la inmunidad *rationae materiae* al antiguo Jefe del Estado chileno por los crímenes de lesa humanidad que se le imputaban: para la mayoría de los Lores, no todos los actos efectuados por un Jefe del Estado en su condición de tal podían ser calificados como actos realizados en el ejercicio de sus funciones; en particular, los crímenes de lesa humanidad –dijeron– no forman parte de los cometidos propios de un Jefe del Estado y, por ello, no se benefician de inmunidad después de la finalización de su mandato.



Como puede apreciarse, esta misma interpretación es la que propugna el Consejo General del Poder Judicial en el informe emitido en relación con el anteproyecto sometido a consulta, al proponer que se limite la inmunidad jurisdiccional penal de los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en caso de graves crímenes internacionales, por cuanto estos actos –dice el Consejo– no pueden entenderse amparados en el ejercicio de sus funciones. En esta propuesta late, en realidad, una preocupación por el futuro de la denominada “justicia universal” en relación con aquellos crímenes que, como los de lesa humanidad, son imputables en última instancia a las altas magistraturas del Estado, pues, en razón de las inmunidades reconocidas en el anteproyecto, tales delitos no podrían ser perseguidos por los tribunales españoles, ni siquiera cuando aquellos hubieran cesado en sus cargos.

A juicio del Consejo de Estado, la introducción de límites a la inmunidad jurisdiccional penal de los antiguos Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos en caso de crímenes internacionales es una cuestión que no puede ni debe plantearse ligada a la extensión de la jurisdicción penal española fuera de nuestras fronteras. Cabe recordar, a este respecto, las atinadas consideraciones realizadas por la Corte Internacional de Justicia, en la sentencia antes mencionada, acerca de la necesidad de distinguir las reglas de competencia de los tribunales y el régimen de inmunidades jurisdiccionales: “Las normas que rigen la competencia de los tribunales nacionales han de distinguirse claramente –dijo la Corte– de aquellas que establecen las inmunidades jurisdiccionales: la competencia jurisdiccional no entraña ausencia de inmunidad, en tanto que la ausencia de inmunidad no implica competencia: así pues, aunque diversas

convenciones internacionales sobre la prevención y el castigo de ciertos crímenes graves imponen a los Estados obligaciones de persecución o extradición que les exige ampliar su competencia penal, esta ampliación de competencia en modo alguno afecta a las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario” (parágrafo 59).

Con esto no quiere decirse que la introducción de posibles excepciones a la inmunidad jurisdiccional penal de los antiguos Jefes del Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en el supuesto de crímenes de lesa humanidad carezca de fundamento, sino tan solo significarse que dicho planteamiento no puede formularse desde las premisas de la llamada “justicia universal”. En realidad, la costumbre internacional siempre ha reconocido –como dijo la Corte Internacional de Justicia en el pronunciamiento antes señalado– que la inmunidad jurisdiccional *rationae materiae* de estos altos cargos no es absoluta o total después de la finalización de su mandato y se circunscribe únicamente a los actos que hayan realizado en el ejercicio de sus funciones, de forma que podrán ser procesados por aquellos otros que no merezcan tal calificativo. Tal es la inveterada regla de la que partió la Cámara de los Lores para concluir, sin necesidad de apelaciones de ningún género a los postulados de la justicia universal, que los crímenes internacionales no pueden entenderse comprendidos dentro del ejercicio de las funciones oficiales de un Jefe del Estado y que quienes cometen tales actos carecen de la inmunidad que les concede el Derecho internacional una vez hayan cesado en sus funciones. Y tal es la regla desde la que, a juicio de este Consejo de Estado, debe analizarse lo dispuesto en el art. 23.1º del anteproyecto sometido a consulta.

Este precepto limita la inmunidad jurisdiccional de los antiguos Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores a “los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, con el alcance que determina el Derecho internacional”. En tales términos, el precepto respeta los principios de la práctica internacional que acaban de ser expuestos.

Cuestión distinta es que el sentido de la expresión “en el ejercicio de sus funciones oficiales” no tenga unos perfiles claramente definidos ni en la costumbre ni en la jurisprudencia internacionales, surgiendo así la duda de si todos los actos realizados por los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, en su condición de tales, deben considerarse ejecutados en el ejercicio de sus funciones oficiales, o si únicamente han de merecer esta consideración los que entren dentro de las competencias propias del cargo y no aquellos otros que, aun habiendo sido efectuados en tal condición, se exceden de los cometidos inherentes a dicho oficio público, como es el caso de los crímenes de lesa humanidad.

Esta duda no se resuelve en el anteproyecto por el hecho de que su art. 29 disponga que “lo dispuesto en el presente título (el título II, relativo a las inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero) no afectará a las obligaciones internacionales asumidas por España respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, ni a sus compromisos con la Corte Penal Internacional”. Este precepto se limita a dejar constancia –a resultas de una observación formulada por el Consejo Fiscal– de que el Reino de España colaborará con los tribunales penales internacionales competentes y, en particular, con la Corte Penal Internacional, en la persecución de tales crímenes, pero no aclara si el Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero puede ser juzgado en España por crímenes internacionales.

En este estado de cosas, la cuestión de si los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados extranjeros gozan de inmunidad jurisdiccional en España por tales crímenes, una vez finalizado su mandato, se remite a la interpretación que los órganos jurisdiccionales nacionales realicen de la expresión “en el ejercicio de sus funciones oficiales” que emplea el art. 23.1º del anteproyecto. Ciertamente, esta solución tiene la ventaja de que los tribunales españoles podrán ponderar las variadas circunstancias internacionales de cada supuesto concreto, determinando, en función de ellas, si un concreto acto que se reputa delictivo puede o no considerarse realizado en el ejercicio de las funciones oficiales de tales magistraturas. Cabe admitir, sin embargo, que determinados crímenes, por su especial gravedad, en ningún caso pueden entenderse amparados en el ejercicio de las funciones oficiales de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores. Por tal razón y dado que el principal objetivo del anteproyecto es que los órganos jurisdiccionales nacionales dispongan –tal y como se dice en la memoria– de “textos de referencia que establezcan el alcance de las inmunidades”, debería ponderarse la sugerencia, formulada por el Consejo General del Poder Judicial, de introducir nominalmente determinadas excepciones a la regla de la inmunidad jurisdiccional penal *rationae materiae* prevista en el art. 23.1º del anteproyecto, en caso de graves crímenes internacionales.

En otro orden de cosas y para finalizar ya con este apartado, debe repararse en que la rúbrica del capítulo I del título II del anteproyecto (“Inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio”) es inexacta, porque en el mismo no se regula únicamente la inmuni-

dad de tales personas (art. 22), sino también su inviolabilidad (art. 21), como ha observado el Consejo Fiscal.

C) Inmunidades de los buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado

El título III del anteproyecto (arts. 30 a 32) regula las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado, en términos compatibles con lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982) y en el Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1948).



Las definiciones de “buque de guerra” y “aeronave de Estado” contenidas en el art. 2, letras f) y g), del anteproyecto se adecuan igualmente a lo previsto en tales Convenios. En cuanto a la definición de buque de Estado establecida en el art. 2, letra e), del anteproyecto, procede insistir –pues ya lo ha destacado el Consejo Fiscal– en la diferencia de redacción que existe entre ésta y la prevista en el art. 3.2º Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que, aun siendo una diferencia “menor” –como ha indicado el mencionado Consejo–, debería eliminarse “en aras de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico”.

Por lo demás, la rúbrica actual del título III del anteproyecto (“Inmunidades del Estado respecto de los buques de guerra y buques y aeronaves de Estado”) podría simplificarse, de forma que quedase redactada en los siguientes términos: “Inmunidades de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado”.

D) Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes

El título IV del anteproyecto (art. 33) regula el estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes, distinguiendo en función de que estos efectivos pertenezcan a “un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz” (ap. 1) o a “cualquier otro Estado extranjero” (ap. 2).

En el primer caso, la norma proyectada carece de cualquier contenido dispositivo, porque se limita a recordar que a las Fuerzas Armadas visitantes provenientes de “un Estado miembro de la OTAN o de la Asociación para la Paz” les resultará de aplicación el Convenio entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas (Londres, 1951).

En el segundo supuesto, en cambio, sí existe una novedad reseñable, por cuanto el anteproyecto extiende el mencionado Convenio a las Fuerzas Armadas visitantes de “cualquier otro Estado extranjero”,

que, como es obvio, no se encuentran incluidas en su ámbito. Precisamente por ello, la aplicación de este Convenio se condiciona a la suscripción de un “acuerdo” entre el Ministerio de Defensa y el homólogo del Estado extranjero. El Consejo General del Poder Judicial ha observado que el anteproyecto no determina cuál es el estatuto de tales Fuerzas a falta de dicho acuerdo. La razón podría deberse a que dicho acuerdo será siempre necesario para que las Fuerzas Armadas de un país no perteneciente a la OTAN o a la Asociación para la Paz visiten territorio español, es decir, que no cabe tal visita sin previo acuerdo, por lo que no es preciso determinar el régimen jurídico aplicable en defecto de acuerdo. Así parece inferirse del informe emitido por el Ministerio de Defensa durante la tramitación del expediente. Se trata, en todo caso, de un aspecto que debe ser revisado.



E) Privilegios e inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España

El título V del anteproyecto (arts. 34 a 41) regula los privilegios e inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede u oficina en España.

Se trata de un régimen subsidiario respecto de lo dispuesto en los denominados “Acuerdos de sede” suscritos entre el Reino España y aquellas Organizaciones internacionales con sede u oficina en nuestro país, de los que existen numerosos ejemplos.

El Consejo Fiscal ha mostrado su “conformidad” con el contenido de este título, en cuanto supone una “regulación de mínimos, cuyos desarrollos particulares vendrán a partir de los citados Acuerdos de sede”. El Consejo General del Poder Judicial, por su parte, ha observado que “el régimen de inmunidad previsto para las Organizaciones internacionales asentadas en España se acomoda a la práctica internacional”. El Consejo de Estado coincide con ambos pareceres.

En todo caso, debe tenerse presente la creciente importancia de las Organizaciones Intergubernamentales y la conveniencia de proceder a su regulación.

F) Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales

El título VI del anteproyecto (arts. 42 a 48) regula los privilegios e inmunidades de las Conferencias y Reuniones internacionales que se celebren en España.

En la actualidad, el régimen de tales Conferencias y Reuniones internacionales viene dado por los acuerdos ad hoc suscritos al efecto. Sin embargo, la memoria explica que, por razones de tiempo, no es infrecuente que la tramitación parlamentaria de estos acuerdos no haya culminado antes de la celebración de las Conferencias y Reuniones internacionales en cuestión, lo que obliga a la “aplicación provisional” de tales acuerdos. Con el establecimiento en el anteproyecto de los privilegios e inmunidades de las Conferencias y Reuniones internacionales, que resultarán de aplicación en defecto de lo dispuesto en tales acuerdos, se pretende evitar dicha eventualidad.

En tales circunstancias, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado que “la inclusión de este régimen de privilegios e inmunidades en el texto del anteproyecto no puede merecer sino una favorable acogida”. El Consejo Fiscal tampoco ha planteado “objeción alguna”. El Consejo de Estado coincide nuevamente con la opinión de ambos órganos.

G) Cuestiones procedimentales

El título VII del anteproyecto (arts. 49 a 56) incorpora diversas previsiones de carácter procedimental.

Como ya se ha señalado al examinar la naturaleza normativa del anteproyecto, el contenido de este título VII no tiene carácter orgánico, salvo en su art. 56 (“Privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros y de las organizaciones internacionales durante la sustanciación del proceso”), por lo que debería indicarse tal circunstancia –es decir, el carácter no orgánico de los arts. 49 a 55– en una nueva disposición final.

Entrando en cuestiones más concretas, debería mejorarse la redacción del art. 51 del anteproyecto (“Proceso incoado contra Estados u organizaciones internacionales o contra otras personas con inmunidad”); sustituyéndose el inciso final “... si alguno de ellos es mencionado como parte en el mismo” por “... si alguno de ellos es mencionado como parte contra la que se dirige el mismo”.

Por lo demás, la redacción de los arts. 52, 53 y 54 del anteproyecto, relativos a las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales españoles, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y los Estados extranjeros, resulta un punto confusa y repetitiva, por lo que debería simplificarse y reordenarse, teniendo siempre presente la redacción con que finalmente se apruebe el art. 27 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. someter al Consejo de Ministros el anteproyecto sometido a consulta, para su aprobación como proyecto de LO y posterior remisión a las Cortes Generales.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

2015/3. Dictamen n° 928/2015 (Justicia), de 30 septiembre 2015, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 30 de septiembre de 2015,, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“En cumplimiento de una Orden de V. E. de 11 de septiembre de 2015, cuya entrada se registró ese mismo día, el Consejo de Estado ha examinado, con carácter urgente, el expediente relativo al proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

De antecedentes resulta:

PRIMERO.— Se somete a consulta un proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia. Obran en el expediente seis versiones previas del proyecto de Real Decreto (de fechas 28 de enero, 31 de marzo, 27 de junio y 30 de julio de 2014; y de 11 de junio y 9 de septiembre de 2015), así como una versión final fechada el 10 de septiembre de 2015.

El proyecto de Real Decreto consta de preámbulo, un artículo único, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y seis disposiciones finales. A continuación, incorpora el texto del Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que consta de catorce artículos.

El preámbulo explica que el actual procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia participa de una naturaleza mixta, judicial y administrativa, que hace que su tramitación sea excesivamente larga. Por este motivo, y con el fin de dar respuesta a la “legítima expectativa del extranjero” y atender al “elevado número de solicitudes de nacionalidad por residencia”, se ha hecho necesario diseñar un nuevo procedimiento más ágil. Este nuevo procedimiento ha sido establecido por la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil —cuyo desarrollo aborda la norma proyectada—, y se basa “en la tramitación electrónica en todas sus fases”.

El procedimiento se inicia con la solicitud del interesado, que deberá venir acompañada de la “documentación preceptiva en formato electrónico, debidamente digitalizada, en los términos previstos por el art. 35.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.” Con el fin de facilitar la presentación de la documentación por el solicitante, el preámbulo señala que “se ha considerado esencial la colaboración de aquellos colectivos y entidades que debidamente habilitados mediante un convenio de habilitación para la presentación electrónica de documentos en representación de los interesados apliquen los sistemas electrónicos de tramitación y sistemas de comunicación que ya disponen”.

En cuanto a la tramitación del procedimiento, el preámbulo aclara que se mantiene la obligación de obtener de oficio cuantos informes se considere necesario recabar de las Administraciones Públicas competentes y, en todo caso, los informes del Ministerio del Interior y del Centro Nacional de Inteligencia. Asimismo, los interesados deberán superar “las pruebas objetivas tanto de diplomas de español como lengua extranjera (DELE), como de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE), diseñadas y administradas, de conformidad con el penúltimo párrafo del apartado 3 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Ad-

ministración de Justicia y del Registro Civil, por el Instituto Cervantes”. En cuanto a la prueba de idiomas, el preámbulo destaca que permitirá dar cumplimiento al art. 3.1 de la Constitución, si bien no será necesario pasarla cuando “se trate de interesados con nacionalidad de un país o territorio de habla hispana o cuando los interesados hayan obtenido con anterioridad un DELE como mínimo del nivel A2”, así como tampoco cuando los solicitantes sean menores o personas con la capacidad modificada judicialmente. Se aclara que el resultado de estas pruebas podrá ser comprobado de oficio por la Dirección General de los Registros y del Notariado y que esta comprobación tendrá valor probatorio. En fin, el preámbulo destaca que el Real Decreto proyectado modifica el Real Decreto 1137/2002, de 31 de octubre, por el que se regulan los “diplomas de español como lengua extranjera (DELE)”, a efectos de ampliar el ámbito subjetivo de los diplomas y de dotar al Secretario General del Instituto Cervantes de funciones de propuesta de aprobación de precios y de gestión económica de los diplomas.



Como especialidad en el procedimiento, el preámbulo indica que los extranjeros que sean personal al servicio de las Fuerzas Armadas no necesitarán “reiterar el juramento o promesa solemne ante la bandera, de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución realizado con anterioridad”. Esta especialidad procedimental se justifica porque, en estos casos, “la dilación en la adquisición de su condición de españoles puede tener consecuencias perjudiciales no sólo desde el punto de vista de su situación profesional sino también para la Defensa Nacional”.

Por último, el preámbulo indica que el Real Decreto proyectado se dicta en virtud de la disposición final octava de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, y señala que en su elaboración se ha dado trámite de audiencia a las entidades afectadas y se ha recabado informe de los Departamentos Ministeriales afectados, así como del Consejo General de Poder Judicial, el Consejo Fiscal y la Agencia Española de Protección de Datos.

El artículo único aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

La disposición adicional primera regula el pago de “la tasa por la iniciación del procedimiento”, indicando que “se efectuará, preferentemente, de forma telemática”, con arreglo al modelo normalizado de pago que se encontrará disponible en la página web del Ministerio de Justicia. Dicha tasa, sin embargo, “no incluye los precios de las pruebas de examen DELE ni de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE), diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes”, que “se registrarán por lo establecido en la normativa específica de dicho organismo público”.

La disposición adicional segunda contempla la posibilidad de que “se celebren convenios con otros organismos públicos de la Administración General del Estado orientados a la utilización conjunta de aplicaciones informáticas para la tramitación de expedientes”, indicando que tales convenios estarán sujetos a lo

dispuesto en el art. 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La disposición adicional tercera habilita al Secretario General del Instituto Cervantes para adoptar las decisiones y procedimientos que requiera el desarrollo de las pruebas a que se refiere el art. 6 del Reglamento proyectado.



La disposición transitoria única establece dos plazos: por un lado, se indica que los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor del Real Decreto proyectado se tramitarán y resolverán conforme a las normas vigentes en el momento de la solicitud; por otro, se prevé que durante “el periodo transitorio que media desde la entrada en vigor del presente real decreto hasta el 30 de junio de 2017” los interesados podrán seguir presentando sus solicitudes en soporte papel ante los Registros Civiles. A efectos de dar cumplimiento a esta disposición, se señala que “la remisión de documentos desde los Registros Civiles a la Dirección General de los Registros y del Notariado se llevará a cabo, siempre que sea posible, de modo telemático, en las condiciones que determine la referida Dirección General”.

La disposición final primera modifica el Real Decreto 1137/2002, de 31 de octubre, por el que se regulan los “diplomas de español como lengua extranjera (DELE)”, a efectos de ampliar el ámbito subjetivo de los diplomas (art. 2) y reconocer al Secretario General del Instituto Cervantes competencias de propuesta de precios y gestión económica (apartados 3 y 4 del art. 6 e incorporación de un nuevo apartado 5). Asimismo, se aclara que los diplomas, certificados o títulos acreditativos del conocimiento del español como lengua extranjera que hayan sido integrados en el Sistema Internacional de Certificación del español como lengua extranjera (SICELE) equivaldrán a los diplomas de español como lengua extranjera excepto en lo relativo al procedimiento de adquisición de la nacionalidad española.

La disposición final segunda especifica que la norma proyectada se considerará regulación preferente respecto de otras normas reglamentarias y, en particular, respecto a lo dispuesto en los arts. 220 a 224, 341 a 362, y 365 a 369 del Reglamento de la Ley del Registro Civil, que mantendrán sin embargo su vigencia en cuanto resulten aplicables a otros procedimientos.

La disposición final tercera habilita al Ministro de Justicia para el desarrollo de la norma proyectada y, en particular, “para el desarrollo de las previsiones relativas a las pruebas de validación de conocimientos constitucionales y socioculturales de España”. Asimismo, se habilita al Ministro de Defensa para que, en coordinación con el Ministerio de Justicia, regule los aspectos de su competencia que se refieran al procedimiento regulado en el Real Decreto proyectado.

La disposición final cuarta aclara que la norma proyectada se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.2ª de la Constitución.

La disposición final quinta señala que la aplicación del Real Decreto proyectado no generará incremento del gasto público. La disposición final sexta establece como fecha de entrada en vigor de la norma proyectada el 15 de octubre de 2015.

En cuanto al Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia (en adelante, el “Reglamento”), consta de catorce artículos, agrupados en dos capítulos (dedicados, respectivamente, a las “Disposiciones generales” y al “Procedimiento”).

El art. 1 señala que el objeto del Reglamento es regular el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia y dispone que será competente para la instrucción de este procedimiento la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El art. 2 regula el “ámbito subjetivo”, indicando que el Ministro de Justicia concederá la nacionalidad española por residencia a aquellos extranjeros que, a través del procedimiento diseñado en la norma proyectada, acrediten haber residido legalmente en España durante los plazos y con los requisitos establecidos en el Código Civil.

El art. 3 establece que la tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico en todas sus fases y aclara que las comunicaciones electrónicas con los interesados habrán de ser solicitadas o consentidas de modo expreso. Asimismo, señala que en caso de que la documentación se presente en soporte papel, el organismo administrativo receptor procurará, siempre que sea posible, y en todo caso cuando sea legalmente preceptivo, la conversión de los documentos a formato electrónico.

El art. 4 regula la iniciación del procedimiento, que tendrá lugar mediante la presentación por el interesado de la correspondiente solicitud en modelo normalizado.



El art. 5 enumera los documentos que deberán presentar los interesados junto a la solicitud, incorporándolos “a un expediente electrónico a través de la correspondiente aplicación informática” (apartado 1). Se establecen reglas especiales para los interesados menores de dieciocho años o que tengan la capacidad modificada judicialmente (apartado 2) y para los mayores de dieciocho años que no tengan la capacidad judicialmente modificada ni sean refugiados o apátridas (apartado 3). Finalmente, el precepto señala que podrán aportarse otros documentos e informes que el interesado considere oportunos y exige que los documentos presentados en formato electrónico que precisen firma del solicitante sean suscritos mediante certificado electrónico reconocido del interesado, de su representante o, en su caso, del correspondiente profesional habilitado (apartado 4).

El art. 6 regula las pruebas que acreditan el grado de integración en la sociedad española. Estas pruebas son dos: un examen para obtener el diploma de español como lengua extranjera (DELE), como mínimo de nivel A2, y una prueba que acredite el conocimiento de los valores históricos, constitucionales y socioculturales de España (CCSE) (apartado 1). Las pruebas serán presenciales y diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes (apartado 2). Se establecen los requisitos básicos que deberá reunir la prueba de conocimientos constitucionales y socioculturales (apartado 3) y se faculta a los interesados para autorizar el acceso directo a sus resultados en ambas pruebas, a efectos de evitar tener que aportar al procedimiento los certificados correspondientes (apartado 4). Quienes hayan obtenido con anterioridad un diploma de español como lengua extranjera (DELE), como mínimo de nivel A2, así como los nacionales de los países en que el español sea lengua oficial no tendrán que superar la prueba de idiomas (apartado 5). Los menores de dieciocho años y las personas con la capacidad judicialmente modificada están exentos de ambas pruebas (apartado 6). Finalmente, se establecen garantías para que las personas con discapacidad dispon-

gan de los apoyos y ajustes razonables (apartado 7) y se exige que los resultados de estas pruebas sean valorados conjuntamente con los informes a los que se refiere el art. 8 (apartado 8).

El art. 7 establece la posibilidad de que el Ministerio de Justicia suscriba convenios de habilitación para la presentación electrónica de documentos con el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Colegios de Gestores Administrativos de España, el Consejo General de Procuradores de España, el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España y otros colegios profesionales, asociaciones y colectivos (apartado 1). Tales convenios deberán especificar los procedimientos y trámites objeto de habilitación, las condiciones y responsabilidades derivadas de los mismos, y las obligaciones aplicables (apartado 2). Los profesionales habilitados suscribirán los documentos que presenten con certificado reconocido de firma electrónica y actuarán como apoderados o mandatarios del solicitante (apartado 3); asimismo, se aclara que “se limitarán a poner a disposición de la Administración Pública las herramientas electrónicas que posibiliten la realización de la solicitud, sin que en ningún caso puedan constituirse tales asociaciones y sus medios electrónicos en registros administrativos” (apartado 4). Finalmente, dispone este artículo que los requisitos y condiciones para suscribir los convenios se determinarán mediante orden del Ministro de Justicia, respetando en todo caso los principios de objetividad, proporcionalidad y no discriminación (apartado 5).

El art. 8 regula los informes que deberán recabarse de oficio durante la tramitación del expediente, que incluyen un informe de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, que podrá solicitarse cuando se considere necesario (apartado 1) y el informe preceptivo del Ministerio del Interior (apartado 2). Asimismo, previa autorización del interesado, se podrá comprobar el resultado de las pruebas de examen DELE de nivel A2 o superior y de conocimientos constitucionales y socioculturales de España (CCSE), mediante consulta telemática al Instituto Cervantes (apartado 3).



El art. 9 establece las especialidades procedimentales para el personal al servicio de las Fuerzas Armadas. La documentación deberá ser remitida al Ministerio de Justicia por el Mando, Jefatura de Personal o Dirección General, junto con un informe motivado en que se proponga la concesión o denegación de la nacionalidad española por residencia (apartado 1), haciendo constar la realización del juramento o promesa (apartado 2), y una certificación que acredite los conocimientos socioculturales del interesado (apartado 2). Además, las solicitudes del personal al servicio de las Fuerzas Armadas tendrán un impulso preferente y urgente (apartado 3).

El art. 10 regula la subsanación y mejora de la solicitud, indicando que el interesado deberá ser requerido para que subsane los defectos advertidos o aporte los documentos que corresponda en un plazo de tres meses. El precepto señala que “en caso de que la subsanación o complemento se aporte físicamente se realizarán las oportunas actuaciones para su inclusión en formato electrónico al expediente”.

El art. 11 dispone que la Dirección General de los Registros y del Notariado formulará propuesta de resolución a la vista del expediente (apartado 1), correspondiendo la resolución al Ministro de Justicia, u órgano en el que este delegue (apartado 2). El plazo para la resolución es de un año, “desde que la solicitud haya tenido entrada en la Dirección General de los Registros y del Notariado” (apartado 3). Las resoluciones serán comunicadas “preferentemente mediante notificación en sede electrónica o cualquier otra modalidad de notificación telemática fehaciente” (apartado 4).

El art. 12 señala que la eficacia de la resolución quedará supeditada a que, en el plazo de los ciento ochenta días posteriores a la notificación, el interesado realice ante el Encargado del Registro Civil las manifestaciones a las que se refiere el art. 23 del Código Civil, “sin que hasta ese momento haya cometido el interesado actos incompatibles con el requisito de la buena conducta cívica”. A estos efectos, “la Dirección General de los Registros y del Notariado deberá remitir al Registro Civil toda evidencia de la que tenga conocimiento acerca del incumplimiento del requisito de buena conducta cívica, la cual impedirá la inscripción registral de la nacionalidad” (apartado 1). Asimismo, el artículo prevé que en los casos en que no conste que se haya acreditado anteriormente la autenticidad de los documentos aportados por el interesado, el Encargado del Registro Civil los cotejará con sus respectivos originales (apartado 2).



El art. 13 regula el juramento o promesa y la renuncia (en su caso) del interesado a su nacionalidad anterior, indicando que ambas manifestaciones deberán hacerse ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a inscribir la adquisición de la nacionalidad española en el plazo de cinco días (apartado 1). De esta obligación se exime al personal de las Fuerzas Armadas que haya acreditado anteriormente haber prestado este juramento (apartado 2).

Finalmente, el art. 14 regula el recurso de reposición que podrán interponer los interesados en caso de denegación de la solicitud de la nacionalidad.

SEGUNDO.– El proyecto se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo, fechada el 10 de septiembre de 2015 (en adelante, la “Memoria”), junto con cuatro versiones previas (de fechas 27 de junio y 30 de julio de 2014 y 11 de junio y 9 de septiembre de 2015).

La Memoria justifica la aprobación del Reglamento proyectado en la necesidad de articular un procedimiento ágil para la adquisición de la nacionalidad española por residencia “que evite la demora en la tramitación y resolución que actualmente se produce”. Asimismo, señala que, en el caso de extranjeros que sean personal al servicio de las Fuerzas Armadas, esta demora tiene consecuencias perjudiciales desde el punto de vista profesional, pues se exige tener la nacionalidad española para poder suscribir un compromiso de larga duración.

En este sentido, la Memoria advierte que “se comenzó la tramitación del proyecto de real decreto en desarrollo de la disposición final séptima del entonces Proyecto de la que finalmente ha sido la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, entonces en tramitación parlamentaria, sin esperar a la aprobación definitiva de la Ley, a efectos de permitir, dada su repercusión, que el desarrollo reglamentario de la misma se encontrara disponible el 15 de octubre de 2015, momento de la entrada en vigor de la mencionada disposición legal”.

En cuanto a la finalidad de la norma proyectada, la Memoria destaca como objetivo general establecer un procedimiento más rápido para la adquisición de la nacionalidad por residencia, que se sustente, ade-

más, sobre criterios objetivos en lo que se refiere a la acreditación del requisito de la integración. Como objetivo específico, se menciona el de establecer reglas especiales para aquellos supuestos en que el interesado se encuentre al servicio de las Fuerzas Armadas.

Seguidamente, la Memoria resume el contenido del proyecto de Real Decreto y describe su tramitación, para concluir analizando los impactos de la regulación proyectada. A este respecto, se considera que el proyecto normativo no producirá efectos sobre la economía general ni tampoco sobre la competencia en el mercado. En cuanto a su impacto sobre los administrados, estima que la norma permitirá reducir considerablemente las cargas administrativas al implantar una nueva tramitación electrónica que permitirá remitir telemáticamente la solicitud (con los documentos correspondientes) y reducir considerablemente los plazos.



En cuanto a su impacto en los Presupuestos Generales del Estado, la Memoria señala que “esta iniciativa se llevará a cabo con los medios materiales y humanos que ya existen en la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Fuerzas Armadas y en los Registros Civiles” y añade que “dado que lo que se produce es una redistribución de la carga de trabajo de los Registros Civiles, la medida propuesta no tiene impacto en los Presupuestos Generales del Estado dado que no supone ni un aumento del gasto público ni un ahorro”. A mayor abundamiento, la Memoria, al valorar “otros impactos” de la norma, afirma que “el nuevo reparto de las tareas que componen el procedimiento de concesión de nacionalidad por residencia, permitirá una gestión más eficiente de los recursos en los Registros Civiles y la reorganización de tareas de los mismos para abordar las cargas de trabajo existentes (...) de manera similar a si se hubieran ampliado las plantillas de los Registros Civiles”.

Finalmente, la Memoria manifiesta que la norma no tiene ningún impacto por razón de género porque “no supone en ninguno de sus trámites diferencia alguna entre mujeres y hombres”.

TERCERO.– A lo largo de la tramitación se ha recabado informe de los departamentos ministeriales afectados, Consejo Fiscal, Consejo General del Poder Judicial y Agencia Española de Protección de Datos. Asimismo, en trámite de audiencia, ha emitido informe el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. En consecuencia, obran en el expediente los siguientes documentos e informes:

- 1.) Un primer informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, fechado el 3 de febrero de 2014.
- 2.) Un informe de la Agencia Española de Protección de Datos, con fecha de 23 de julio de 2014.
- 3.) Un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha de 28 de julio de 2014.
- 4.) Un informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de 14 de julio de 2014.
- 5.) Un informe del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 16 de julio de 2014.
- 6.) Un informe del Ministerio del Interior, de fecha 1 de agosto de 2014.
- 7.) Un informe del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con fecha de 10 de septiembre de 2014.
- 8.) Un informe del Ministerio de Defensa, fechado el 25 de septiembre de 2014.
- 9.) Un informe del Consejo Fiscal, de 25 de septiembre de 2014.
- 10.) Un informe del Consejo General del Poder Judicial, fechado el 30 de septiembre de 2014.
- 11.) Un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con fecha de 29 de septiembre de 2014.
- 12.) Un informe del Ministerio de la Presidencia, de 30 de junio de 2015.
- 13.) Un informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, fechado el 1 de julio de 2015.
- 14.) Un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de 8 de julio de 2015.
- 15.) Un informe de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con fecha de 9 de julio de 2015.
- 16.) Un informe del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 9 de julio de 2015.
- 17.) Un informe del Ministerio de Defensa, fechado el 10 de julio de 2015.
- 18.) Un informe emitido por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, con fecha de 13 de julio de 2015.
- 19.) Un informe emitido por el Ministerio de Economía y Competitividad, de 14 de julio de 2015.
- 20.) Un informe emitido por el Ministerio del Interior, con fecha de 14 de julio de 2015.
- 21.) Un nuevo informe emitido por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, fechado el 15 de julio de 2015.
- 22.) Un nuevo informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos, con fecha de 16 de julio de 2015.
- 23.) Un informe del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, de 20 de julio de 2015.
- 24.) Un nuevo informe del Consejo Fiscal, fechado el 24 de julio de 2015.
- 25.) Un informe de la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Justicia, de 10 de agosto de 2015.
- 26.) Un informe de la Oficina Presupuestaria del Ministerio de Justicia, con fecha de 1 de septiembre de 2015.
- 27.) El informe final de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, fechado el 9 de septiembre de 2015.

A la vista de estos antecedentes, se formulan las siguientes consideraciones:

PRIMERA.– OBJETO Y CARÁCTER DEL DICTAMEN

Se somete a consulta el expediente relativo a un proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

El dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, según el cual su Comisión Permanente deberá ser consultada en “los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como sus modificaciones”.

El proyecto de Real Decreto sometido a consulta tiene por objeto desarrollar el procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia, conforme a las previsiones de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, a cuyo tenor:

“1. El procedimiento para la concesión de la nacionalidad española por residencia se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, por lo previsto en esta disposición y en el reglamento que la desarrolle. En este reglamento se incluirán las especialidades propias del procedimiento para el personal al servicio de las Fuerzas Armadas.

2. La tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico y su instrucción corresponderá a la Dirección General de los Registros y el Notariado. Todas las comunicaciones relativas a este procedimiento se efectuarán electrónicamente.

3. El cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Civil para la obtención de la nacionalidad española por residencia deberá acreditarse mediante los documentos y demás pruebas previstas en la ley y reglamentariamente. La acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española requerirá la superación de dos pruebas. La primera prueba acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior, del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera DELE de nivel A2 o superior. Los solicitantes nacionales de países o territorios en que el español sea el idioma oficial estarán exentos de esta prueba. En la segunda prueba se valorará el conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural españolas. Dichas pruebas serán diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. Estarán exentos de la superación de las pruebas mencionadas los menores de dieciocho años y las personas con capacidad modificada judicialmente.

4. El procedimiento al que se refiere este artículo estará sujeto al pago de una tasa de 100 euros. Constituye el hecho imponible de la tasa la solicitud de iniciación del procedimiento para obtener la nacionalidad española por residencia y estará sujeto a ella el interesado, sin perjuicio de que pueda actuar por representación y con independencia del resultado del procedimiento. La gestión de la tasa corresponderá al Ministerio de Justicia, que regulará cómo ha de efectuarse el pago de la misma”.

SEGUNDA.– RANGO NORMATIVO

La habilitación legal para el desarrollo reglamentario del procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia se encuentra explícitamente en la disposición final octava de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que dispone lo siguiente:

“1. Mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Justicia, se aprobará el reglamento por el que se regule el procedimiento electrónico para la obtención de la nacionalidad española por residencia. 2. Se habilita al Ministro de Justicia para dictar las disposiciones que sean necesarias para la ejecución de lo establecido en esta Ley”.

Debe concluirse, por ello, que el rango normativo de la norma proyectada es el adecuado.

TERCERA.– TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE

El Real Decreto proyectado ha sido impulsado por la Dirección General de los Registros y del Notariado y se acompaña de una memoria del análisis de impacto normativo. Se ha recabado informe de los departamentos ministeriales afectados, Consejo Fiscal, y Consejo General del Poder Judicial y Agencia Española de Protección de Datos. Se ha dado audiencia al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, como organización representativa de los intereses afectados. Se ha obtenido la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, así como de la Comisión Ministerial de Administración Electrónica del Ministerio de Justicia y de la Oficina Presupuestaria del Ministerio de Justicia. Finalmente, ha emitido informe la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, como órgano proponente.

A la vista de todo ello, entiende el Consejo de Estado que se han cumplido los trámites esenciales exigidos por el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, para la elaboración de un proyecto normativo como el sometido a consulta.

CUARTA.- OBSERVACIONES GENERALES

El procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia encuentra su regulación legal tanto en el Código Civil como en la legislación sobre el Registro Civil. Por lo que respecta al Código Civil, los arts. 21 a 23 regulan los plazos de residencia, los requisitos que deben reunir los solicitantes y algunos aspectos del procedimiento para la adquisición de la nacionalidad (tales como las manifestaciones que debe hacer el interesado ante el Encargado del Registro Civil o la resolución de concesión que debe dictar el Ministro de Justicia).



Por lo que se refiere a la legislación del Registro Civil, la base normativa del Real Decreto proyectado se encuentra en la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (en adelante, la “Ley 19/2015”), actualmente en plazo de *vacatio legis*, que entrará en vigor el 15 de octubre de 2015 (según se desprende de su disposición final décima). La disposición final séptima de esta ley –extractada en la consideración primera del presente dictamen– diseña un nuevo procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia, cuyas líneas fundamentales define al disponer que tendrá carácter electrónico (apartado 2); que será instruido por la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2); que exigirá la superación de una prueba de idioma y otra de conocimientos de la Constitución española y de la realidad social y cultural españolas, ambas diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes (apartado 3) y que quedará sujeto al pago de una tasa que gestionará el Ministerio de Justicia (apartado 4).

A este respecto, el art. 63 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, que actualmente regula el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia, quedará –desde el próximo 15 de octubre– derogado en cuanto se oponga a lo previsto en la Ley 19/2015 (disposición derogatoria única de esta última). Por lo que respecta a la Ley 20/2011, de 20 de julio, del Registro Civil, actualmente se encuentra en periodo de *vacatio legis* hasta el 30 de junio de 2017 (según la modificación introducida por el art. 2, apartado diez, de la Ley 19/2015). En todo caso, la Ley del Registro Civil de 2011 se limita a prever en su disposición adicional tercera que “las solicitudes de adquisición de nacionalidad española por residencia se iniciarán y tramitarán por los órganos de la Administración General del Estado que determine el Gobierno mediante Real Decreto”.

Pues bien, partiendo de las previsiones legales que sirven de fundamento a la norma proyectada, procede formular dos observaciones de carácter general a la norma proyectada referidas, respectivamente, a la regulación del procedimiento electrónico (A) y a los interesados menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada (B).

(A) Procedimiento electrónico. El carácter electrónico del nuevo procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia viene determinado por el apartado 2 de la disposición final séptima de la Ley 19/2015, que dispone que “la tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico” y que “todas las comunicaciones relativas a este procedimiento se efectuarán electrónicamente”. Igualmente, la disposición final octava se refiere al “procedimiento electrónico” para la obtención de la nacionalidad española por residencia.

En consecuencia, el preámbulo del Real Decreto proyectado afirma que su finalidad es la de “desarrollar un procedimiento de carácter netamente administrativo, basado en la tramitación electrónica en todas sus fases” y el art. 3, al tratar de la “naturaleza electrónica del procedimiento”, reitera en su apartado 1 que la tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico en todas sus fases.

Sin embargo, es posible advertir que la norma establece algunas excepciones a la “tramitación electrónica” del procedimiento, al menos por lo que respecta a la presentación de solicitudes y aportación de

documentación por parte de los interesados. Esta posibilidad de aportar físicamente la documentación requerida debe ser valorada positivamente, en cuanto se orienta a garantizar los derechos de los administrados. En este sentido, el Consejo de Estado quiere llamar la atención sobre el hecho de que el Reglamento proyectado afectará a un colectivo de personas que frecuentemente carece de los medios técnicos necesarios para poder relacionarse con la Administración por vía electrónica (por ejemplo, para acceder a la correspondiente aplicación electrónica o para presentar documentos formalizados con un certificado electrónico reconocido). Por este motivo, resulta imprescindible abordar el desarrollo reglamentario desde una posición realista que, respetando el mandato legal, adecue sus exigencias a la situación de hecho que se verá afectada por el nuevo procedimiento.

Así, el art. 3.1 admite que el carácter electrónico del procedimiento no impedirá “la presentación de la documentación en cualquiera de las formas legalmente previstas”. Por lo que se refiere a la solicitud del interesado, podrá presentarse en formato electrónico y no electrónico, tal y como se desprende, sensu contrario, del art. 3.3, que concede preferencia a la tramitación de los expedientes que hayan sido iniciados “mediante solicitud presentada en formato electrónico”. Igualmente, el art. 4 exige que la solicitud se presente en modelo normalizado, “preferentemente a través de la correspondiente aplicación electrónica, mediante el uso del correspondiente certificado electrónico reconocido”.

En cuanto al resto de documentos que debe aportar el interesado, el art. 5.1 dispone que “se incorporará a un expediente electrónico a través de la correspondiente aplicación informática”. Sin embargo, el art. 3.3 permite expresamente que “la documentación se presente en soporte papel” y señala que, en este caso, “el organismo administrativo receptor procurará, siempre que sea posible, y en todo caso cuando sea legalmente preceptivo, la conversión de los documentos a formato electrónico, de tal manera que el procedimiento pueda desarrollarse íntegramente con este carácter a través de la aplicación informática habilitada al efecto.”

También en caso de que la solicitud o los documentos no reúnan los requisitos exigidos el art. 10 admite la posibilidad de que “la subsanación o complemento se aporte físicamente”, con la consecuencia de que deberán entonces realizarse “las oportunas actuaciones para su inclusión en formato electrónico al expediente”.

La posibilidad de que los interesados aporten la documentación en soporte papel en las oficinas públicas correspondientes no conculca a priori el mandato legal, pues la disposición final séptima de la Ley 19/2015 exige que “la tramitación” tenga carácter electrónico y el Reglamento impone “al organismo administrativo receptor” la obligación de convertir la documentación aportada a formato electrónico –o, como dice la Memoria, de realizar un trámite de “digitalización, metadatación y cargado en la aplicación electrónica correspondiente”– a efectos de que el resto del procedimiento pueda tramitarse por vía electrónica. En consecuencia, la norma distingue entre el inicio del procedimiento y la “tramitación” del mismo. A efectos de inicio, los interesados cuentan con varias posibilidades: remitir la solicitud y documentación en formato electrónico, con su propio certificado electrónico reconocido (arts. 3, 4 y 5 del Reglamento); aportar la documentación en soporte papel, con la obligación de que el organismo receptor los convierta a formato electrónico (arts. 3, 4 y 10 del Reglamento) y, como se desprende del art. 7, acudir a un profesional habilitado por el Ministerio de Justicia para que sea este quien remita la documentación en formato electrónico. Una vez iniciado, el procedimiento se tramitará íntegramente por vía electrónica, tal y como exige la norma legal.

Con todo, es preciso poner de manifiesto que este sistema puede plantear algunas dificultades en su aplicación práctica. En primer lugar, de un análisis del articulado, no resulta claro cuál es la sede en la que los interesados presentarán sus solicitudes y documentos en soporte papel, como tampoco el órgano que estará llamado a convertirlos a formato electrónico. El art. 3.3 habla del “organismo administrativo receptor” y el 4.2 de las “oficinas públicas correspondientes”. Este organismo receptor parece ser el Registro Civil, a quien el Reglamento atribuye funciones de cotejo (según el art. 12, cuando “no conste que se haya acreditado anteriormente la autenticidad de los documentos aportados por el interesado al expediente electrónico”). De manera más explícita, la disposición transitoria única del proyectado Real Decreto, en su apartado 2, dispone que “durante el periodo transitorio que media desde la entrada en vigor del presente real decreto hasta el 30 de junio de 2017, los interesados podrán seguir presentando sus solicitudes en soporte papel ante los Registros Civiles”. Sin embargo, en la medida en que se trata de una disposición transitoria del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento (y no del propio Reglamento), cuya vigencia está, además, limitada temporalmente hasta el 30 de junio de 2017, convendría aclarar esta cuestión en la norma proyectada. Téngase en cuenta que la competencia para instruir el expediente se

atribuye no al Encargado del Registro Civil – como hasta ahora– sino a la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que puede generar confusión en el interesado.

En segundo lugar, en relación con este régimen transitorio, se plantea la duda de si la posibilidad de opción de los interesados por el soporte papel es meramente provisional. En efecto, aun cuando los arts. 3, 4 y 10 son explícitos al reconocer a los interesados la posibilidad de aportar físicamente los documentos, de la redacción de la disposición transitoria única del Real Decreto proyectado parece desprenderse que esta posibilidad es meramente provisional. Esta disposición distingue tres momentos:

(i) Durante el primero –hasta que entre en vigor el Real Decreto proyectado– los expedientes se tramitarán según la normativa vigente en el momento de la solicitud.

(ii) En el segundo –desde la entrada en vigor del Real Decreto hasta el 30 de junio de 2017– “los interesados podrán seguir presentando sus solicitudes en soporte papel ante los Registros Civiles” y los Encargados del Registro Civil “remitirán [el expediente] a la Dirección General de los Registros y del Notariado”.

(iii) Finalmente, a partir del 30 de junio de 2017, se inicia un tercer periodo sobre el que nada dice la norma proyectada. Este silencio abre la puerta a distintas posibilidades interpretativas. Así, podría suceder que desde el 30 de junio de 2017 desaparezca la posibilidad de presentar las solicitudes “ante los Registros Civiles”, por cambiar la sede a la que los interesados pueden acudir para aportar la documentación en soporte papel (por ejemplo, si se habilita una oficina especial dependiente de la Dirección de los Registros y del Notariado). Esta interpretación sería coherente con el hecho de que el 30 de junio de 2017 es la fecha en la que entra en vigor la nueva Ley del Registro Civil de 2011, que podría introducir cambios en este ámbito.

Pero la disposición citada puede ser también interpretada en el sentido de que lo que desaparece a partir del 30 de junio de 2017 es la posibilidad de que los interesados puedan “seguir presentando sus solicitudes en soporte papel”. Esta segunda interpretación se ve apoyada por la redacción del art. 3.3 del Reglamento, que se expresa en términos potestativos al decir que el organismo administrativo receptor “procurará, siempre que sea posible” convertir los documentos a formato electrónico. En todo caso, y con el fin de garantizar la seguridad jurídica, sería conveniente que la norma proyectada despejara estas dudas, clarificando el régimen transitorio e indicando expresamente si la posibilidad de aportación de la documentación en soporte papel es provisional o definitiva.

Finalmente, sería conveniente aclarar el régimen de notificaciones. Según la disposición final séptima de la Ley 19/2015, una vez puesto en marcha el procedimiento “todas las comunicaciones se efectuarán electrónicamente”. La comunicación electrónica es, por tanto, la regla general y el único requisito que añade el Reglamento en su art. 3.2 es que las comunicaciones hayan sido previamente “solicitadas o consentidas de modo expreso” por el interesado.

Este régimen de comunicaciones electrónicas plantea, sin embargo, algunos problemas relevantes que debieran ser aclarados en el articulado del Reglamento.

Por un lado, debiera clarificarse el régimen de notificación de resoluciones en el caso de personas que hayan aportado la solicitud y la documentación en soporte físico ante las oficinas públicas correspondientes. En estos casos, a juicio de este Consejo, sería conveniente que la norma proyectada contemplara la posibilidad de realizar las notificaciones en papel, a efectos de garantizar que las mismas sean conocidas por los interesados. Así, de la misma manera que la norma distingue entre la presentación de la solicitud y la “tramitación” del procedimiento, podría admitirse una interpretación de la disposición final séptima de la Ley 19/2015 que distinguiera entre el régimen de “comunicaciones” entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y los órganos que deben emitir informe (Ministerio del Interior o Instituto Cervantes), que deberán desarrollarse siempre por vía electrónica, y el régimen de “notificación” de las resoluciones correspondientes al interesado, que se desarrollará por vía electrónica cuando este lo haya solicitado o consentido de modo expreso (art. 3.2 del Reglamento) y, en otro caso, mediante notificación en papel. Por otro lado, en el caso de que los interesados formulen su solicitud a través de profesional habilitado, en los términos del art. 7, sería conveniente aclarar si las notificaciones se entenderán directamente con dicho profesional. Esta parece ser la solución propuesta por el Reglamento, en cuanto que, según el art. 7.3, el profesional habilitado actúa en calidad de “apoderado o mandatario” del solicitante. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que no es lo mismo que el profesional actúe como apoderado o como mandatario, pues puede haber apoderamiento sin mandato al igual que mandato sin poder de representa-

ción. En este sentido, si el profesional actúa como simple mandatario, sin representación, no habrá relación entre él y la Administración (art. 1717 del Código Civil), por lo que habrá que entender que las notificaciones deberán dirigirse al interesado. En cambio, si hay mandato representativo, la notificación sería válida si se dirigiera directamente al representante (art. 1725 del Código Civil). En cualquier caso, dada la importancia que tienen las notificaciones a efectos del cómputo de plazos (en este sentido, los arts. 10 y 12 del Reglamento), debería especificarse con mayor claridad a quien debe dirigirse la notificación (al profesional habilitado, al interesado o a ambos), así como cuál es el dies a quo que debe tenerse en cuenta a efectos de cómputo de los plazos.



Finalmente, en relación con el personal al servicio de las Fuerzas Armadas, el Reglamento establece un sistema de notificación indirecta: las resoluciones se notifican al Mando o Jefatura de Personal y estos, a su vez, las notifican al interesado. Así, el art. 10.1, al tratar de la subsanación de la solicitud, afirma que “se comunicará telemáticamente (...) al Mando o Jefatura de Personal del Ejército o Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa (...) al objeto de su notificación al mismo”. Por su parte, el art. 11.4 dispone que “las resoluciones (...) se comunicarán telemáticamente al Mando o Jefatura de Personal del Ejército o Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa a la que el interesado pertenezca, al objeto de su notificación al mismo”. Dadas las dificultades que puede plantear en la práctica este sistema de comunicación indirecta, la norma proyectada debería indicar de forma expresa que los plazos computarán desde la notificación al interesado por el Mando o Jefatura de Personal del Ejército o por la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa.

(B) Los interesados menores de edad o con la capacidad judicialmente modificada. El art. 21.3 del Código Civil establece que la solicitud de adquisición de la nacionalidad puede ser presentada (i) por el interesado emancipado o mayor de dieciocho años; (ii) por el mayor de catorce años asistido por su representante legal; (iii) por el representante legal del menor de catorce años; y (iv) por el representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación. Añade que el representante legal del menor de catorce años o incapacitado solo podrá

formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal.

En lo que se refiere a los menores de edad y a las personas con la capacidad modificada judicialmente, tanto el Código Civil como la Ley 19/2015 establecen reglas especiales de procedimiento. Así, el art. 23 del Código Civil exime a los menores de catorce años y a los incapacitados de la obligación de prestar juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes; juramento o promesa a la que sí están obligados los menores de edad pero mayores de catorce años. Por su parte, la disposición final séptima de la Ley 19/2015 afirma que estarán exentos de la superación de las pruebas mencionadas los menores de dieciocho años y las personas con capacidad modificada judicialmente. Poniendo en relación los preceptos anteriores, puede señalarse que de la regulación conjunta del Código Civil y de la Ley 19/2015 resultan las reglas siguientes:

- Los menores de 18 años que estén emancipados pueden presentar la solicitud sin necesidad de asistencia de ningún tipo y deberán cumplir todos los requisitos del procedimiento, salvo la superación de las pruebas de integración a las que se refiere el art. 6.

- Los menores de 18 años y mayores de 14 pueden presentar ellos mismos la solicitud, si bien asistidos por su representante legal, y están obligados a prestar juramento o promesa pero no a superar las pruebas de integración a las que se refiere el art. 6.

- Los menores de 14 años solo podrán solicitar la adquisición de la nacionalidad por residencia a través de su representante legal y están exentos tanto de las pruebas de integración del art. 6 del Reglamento como de la obligación de prestar juramento o promesa.

- Finalmente, las personas con la capacidad modificada judicialmente están en todo caso exentas de las pruebas de integración del art. 6 del Reglamento. Por lo demás, habrá que estar a lo dispuesto en la sentencia que modifique su capacidad para determinar si pueden presentar la solicitud por sí mismos, con asistencia legal, o si deberá hacerlo su representante legal. Igualmente, la sentencia permitirá determinar si, en los términos del art. 23 del Código Civil, son capaces de “prestar declaración por sí” para jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.



Pues bien, desde esta perspectiva el Consejo de Estado considera que la redacción del Reglamento debe corregirse en varios artículos, a efectos de adecuar exactamente su contenido a lo preceptuado por los

textos legales de referencia y diferenciar con claridad los distintos supuestos previstos legalmente. Es el caso del art. 4.3 que comienza señalando que “los representantes legales de los menores de edad o, cuando así resulte de la sentencia de incapacitación, de las personas con la capacidad modificada judicialmente, formularán las solicitudes conforme a lo dispuesto en el art. 21 del Código Civil, previa acreditación de tal representación y de la autorización a que se refieren los arts. 21.3 y 20.2.a) del Código Civil”.

Aunque el precepto remite al art. 21 del Código Civil, es incorrecta la afirmación de que “los representantes legales de los menores de edad” sean quienes formulen la solicitud, pues a tenor del texto legal se limitan a hacerlo cuando se trate de solicitudes que afecten a menores de 14 años, mientras que tratándose de mayores de 14 años no emancipados el representante se limitará a prestar asistencia. En este mismo sentido, el art. 5.2.b) dispone que si el interesado “es mayor de catorce años pero menor de dieciocho y no tiene la capacidad judicialmente modificada, la solicitud deberán firmarla tanto el interesado como su representante legal”. Esta afirmación debe ser corregida en un doble sentido: por un lado, debe referirse a los supuestos en que el menor sea “mayor de catorce años y no emancipado”, pues los emancipados, al igual que los mayores de dieciocho, pueden presentar por sí mismos la solicitud sin necesidad de asistencia; por otro, debe matizarse la referencia a las personas con la capacidad modificada judicialmente, pues en estos casos el sometimiento a un régimen de representación legal o de mera asistencia dependerá de lo que disponga la sentencia correspondiente (en igual sentido, debe revisarse la redacción del art. 5.2.a), que dice que si el interesado es “persona con la capacidad modificada judicialmente, la solicitud deberá firmarla el representante legal”).

Por lo demás, la norma proyectada debiera ser revisada a efectos de armonizar el contenido de los artículos 5 y 6, en cuanto a las exigencias de aportación documental. El art. 5 establece una serie de requisitos comunes a todos los interesados (apartado 1) y otros específicos para los menores de 18 años y personas con la capacidad judicialmente modificada (apartado 2). Dentro de los requisitos comunes, el apartado 1 incluye la obligación de aportar “la documentación relativa al grado de integración en la sociedad española, en los términos a que se refiere el art. 6 del presente reglamento”. A su vez, el art. 6.6 exige presentar, cuando los solicitantes sean “menores de dieciocho años y personas con la capacidad judicial modificada judicialmente (...) los certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, haya estado inscrito el interesado” pero “sin perjuicio de que se pueda recabar de oficio la presentación de nuevos documentos o informes oficiales, teniendo en cuenta la edad y circunstancias del menor o de la persona con la capacidad modificada judicialmente”. Sin embargo, esta exigencia no concuerda con lo dispuesto en el art. 5.2, cuyo apartado a), número 2º, especifica que “en el caso de menores en edad pre-escolar o personas con la capacidad modificada judicialmente, la presentación de dicho certificado será voluntaria”. Por todo ello, sería conveniente reconsiderar la redacción actual de los artículos 5 y 6, a efectos de homogeneizar las exigencias de aportación documental y evitar la remisión al art. 6.6, que puede generar confusión en la práctica.

En fin, se observa que el Reglamento se refiere a los años del menor unas veces en número (“14 años” en el art. 4.3) y otras en letra (“catorce años” en el art. 5.2 a) y b)). Se sugiere, en este sentido, optar por una u otra fórmula y mantenerla de manera homogénea en todo el texto normativo.

QUINTA.– OBSERVACIONES AL ARTICULADO

Sin perjuicio de lo ya dicho en las consideraciones generales del presente dictamen, procede formular algunas observaciones particulares.

A) Observaciones al proyecto de Real Decreto

El artículo único del Real Decreto proyectado dispone que “se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia”. Esta denominación no es, sin embargo, coincidente con la rúbrica del Reglamento que se inserta a continuación, que figura como “Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia y se modifica el Real Decreto 1137/2002, de 31 de octubre, por el que se regulan los “diplomas de español como lengua extranjera (DELE)””. Sería conveniente corregir esta diferencia de denominación y designar al Reglamento, en todo caso, como el “Reglamento por el que se regula el procedimiento electrónico para la obtención de la nacionalidad española por residencia”, en los términos en que se expresa la disposición final octava de la Ley 19/2015.

La disposición adicional primera señala que “el pago de la tasa por la iniciación del procedimiento para obtener la nacionalidad española por residencia (...) se efectuará, preferentemente, de forma telemática por el interesado”. A juicio de este Consejo, sería conveniente eliminar de dicha disposición el adverbio “preferentemente”, que carece de valor imperativo, y señalar expresamente cuáles son, en su caso, las alternativas al pago telemático y qué requisitos deben reunir.

La disposición final primera modifica el Real Decreto 1137/2002, de 31 de octubre, por el que se regulan los “diplomas de español como lengua extranjera (DELE)”, a efectos de extender el ámbito subjetivo de los idiomas y de reconocer determinadas facultades de gestión económica al Secretario General del Instituto Cervantes. Adicionalmente, se modifica la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1137/2002 para indicar que “los diplomas, certificados o títulos acreditativos del conocimiento del español como lengua extranjera que hayan sido integrados en el Sistema Internacional de Certificación del español como lengua extranjera (SICELE) equivaldrán a los diplomas previstos en el presente real decreto excepto en lo relativo al procedimiento de adquisición de la nacionalidad española”.

Esta modificación ha sido discutida por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, que entiende que no está justificado que la equiparación de los diplomas integrados en el SICELE y los diplomas de español como lengua extranjera emitidos por el Instituto Cervantes se excluya en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad. La Memoria se limita a señalar que “no se ha seguido el punto de vista del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre las pruebas legalmente atribuidas al Instituto Cervantes, por resultar abiertamente incompatibles con las propuestas técnicas del Instituto Cervantes (Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación)”. Sin embargo, los dos informes emitidos por ese ministerio (de 14 de julio de 2014 y de 1 de julio de 2015) no contienen referencia alguna a esta cuestión.



A juicio del Consejo de Estado podría reconsiderarse la oportunidad de esta disposición, toda vez que, a la vista del expediente, no queda suficientemente acreditado el motivo de la reforma proyectada. En efecto, la disposición final séptima de la Ley 19/2015 se limita a exigir que se superen dos pruebas, “diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes”, una de las cuales “acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior, del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera DELE de nivel A2 o superior”. En la regulación actual, la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1137/2002 equipara “a todos los efectos” los diplomas, certificados o títulos que hayan sido integrados en el Sistema Internacional de Certificación del español como lengua extranjera (SICELE) “a los diplomas previstos en el presente real decreto” en su correspondiente nivel A1, A2, B1, B2, C1 y C2. Por tanto, teniendo en cuenta que esta equiparación opera sin dificultad en la práctica, quedaría

acreditado el “conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior, del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa” que exige la disposición final séptima de la Ley 19/2015. Tampoco es obstáculo que la disposición legal exija que la prueba de idiomas sea diseñada y administrada por el Instituto Cervantes, pues es precisamente una de las normas reguladoras de este organismo la que establece la equiparación entre los títulos DELE y los integrados en el SICELE. Por lo demás, es necesario señalar que la reforma proyectada supone una carga adicional para los interesados, pues la tasa de 100 euros por la tramitación del procedimiento “no incluye los precios de las pruebas de examen DELE ni de conocimientos culturales y socioculturales de España”. Por ello, un interesado que contase con un diploma de nivel A2 o superior integrado en el SICELE estaría obligado a superar un examen DELE del mismo nivel (equiparado a aquél a todos los demás efectos).

En fin, en relación con esta materia, considera el Consejo de Estado que la norma proyectada debiera ponderar la posibilidad de incluir también alguna fórmula flexible que permita incorporar en el futuro próximo los diplomas integrados en el recientemente creado Servicio Internacional de Evaluación de la Lengua Española (SIELE), Cuando éstos hayan adquirido el valor académico oficial correspondiente.



En cuando a la modificación proyectada por esta disposición final primera, este Consejo considera acertado que se reforme el Real Decreto 1137/2002 pero sugiere que se modifique también el Real Decreto 1526/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Cervantes, a efectos de incluir entre sus funciones las del diseño y administración de las pruebas de conocimiento de la lengua española y de la Constitución y la realidad social y cultural españolas.

Finalmente, la disposición final sexta fija como fecha para la entrada en vigor del Real Decreto proyectado el 15 de octubre de 2015. En el informe final emitido por la Secretaría General Técnica se sugería considerar la posibilidad de establecer la entrada en vigor del Real Decreto a partir de la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, teniendo en cuenta que la norma reglamentaria desarrolla una disposición legal que entrará en vigor ese mismo día y que el Reglamento proyectado requiere, a su vez, un desarrollo normativo (la disposición final tercera habilita al Ministro de Justicia para el desarrollo reglamentario del Real Decreto proyectado y los artículos 5 y 7 del Reglamento remiten a las órdenes que dicte el Ministro de Justicia) y técnico (puesta en funcionamiento de una aplicación electrónica, aprobación de modelos normalizados de solicitud y liquidación de tasa, posible suscripción de convenios de habilitación con determinados colectivos y corporaciones ex art. 7). El Consejo de Estado comparte esta observación y estima, por ello, que salvo que el Centro proponente considere que es factible emprender

tales desarrollos normativos y materiales en un breve espacio de tiempo, debería valorar la posibilidad de retrasar la entrada en vigor de la norma proyectada, preferentemente estableciendo un plazo de vacatio desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

B) Observaciones al proyecto de Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española

En el art. 3.3 se indica que “tendrá carácter preferente la tramitación de los expedientes iniciados mediante solicitud presentada en formato electrónico”. Esta preferencia en el trato ha sido objetada en su informe final por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, indicando que supone una discriminación de los solicitantes que aporten la documentación en soporte papel. La Memoria, en este punto, explica que “al ser electrónica su tramitación, cualquier solicitud que no se realice en formato electrónico va a suponer, por su propia naturaleza, una tramitación añadida, como es la digitalización, metadatos y cargado en la aplicación electrónica correspondiente, lo cual va a suponer a contrario, inevitablemente, una tramitación más ágil de las solicitudes presentadas en formato electrónico”. Este razonamiento, sin embargo, ofrece una explicación de las consecuencias de presentar la documentación en uno u otro formato, pero no justifica que la norma imponga a los órganos instructores el mandato de dar preferencia a la tramitación de las solicitudes electrónicas, estableciendo una diferencia de trato que no encuentra respaldo legal y es contraria a los principios de igualdad y no discriminación que recogen, respectivamente, los arts. 4 y 41 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. En consecuencia, a juicio de este Consejo, la norma proyectada debe eliminar el inciso citado del art. 3.3. Esta observación se formula con carácter esencial a los efectos de lo previsto en el art. 130.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio

El art. 4.1 también emplea el adverbio “preferentemente” al decir que el procedimiento se inicia por la presentación de la solicitud “preferentemente a través de la correspondiente aplicación informática”. En relación con lo dicho hasta ahora, se sugiere eliminar este inciso para evitar la inclusión de una fórmula desiderativa y no imperativa en un texto normativo.

El art. 4.3 alude a la necesidad de obtener autorización del Encargado del Registro Civil en el caso de las solicitudes presentadas por los representantes legales de los menores de 14 años y personas con la capacidad judicialmente modificada. En relación con esta autorización, el primer párrafo remite a los arts. 21.3 y 20.2.a) del Código Civil. Sin embargo, a continuación el párrafo segundo señala que esta autorización se requerirá “siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes” y detalla a continuación una serie de supuestos.

Pues bien, es preciso tener en cuenta que el art. 21.3 del Código Civil dispone expresamente que el representante del menor de 14 años o incapacitado “sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido la autorización” conforme al art. 20.2.a). Este artículo, por su parte, requiere que la autorización se expida por el Encargado del Registro Civil del domicilio del menor de 14 años o incapacitado, previo dictamen del Ministerio Fiscal y siempre “en interés del menor o incapaz”. El código es, por tanto, explícito en cuanto a la necesidad de obtener la autorización del Encargado del Registro siempre en estos casos. Por este motivo, para evitar que el art. 4.3 pueda ser interpretado en el sentido de que sólo en los supuestos que en él se especifican es necesaria la autorización (algo que sería contrario a una norma de rango legal), sería conveniente indicar expresamente que la autorización se exigirá en los términos de los arts. 21.3 y 20.2.a) del Código Civil “y, en especial, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes...”

El art. 5.4 dispone que “podrán acompañarse, en su caso, cuantos documentos e informes se consideren oportunos” y a continuación añade: “Todos los documentos presentados en formato electrónico que precisen firma del solicitante serán suscritos mediante certificado electrónico reconocido del interesado, de su representante o, en su caso, del correspondiente profesional habilitado. Cuando sean obligatorias varias firmas, una de ellas será electrónica y las demás serán manuscritas y escaneadas en el propio documento”. En la medida en que este segundo inciso introduce una exigencia que es común a todos los documentos presentados en formato electrónico, se sugiere trasladar su contenido al apartado 1 del art. 5 que, como ya se ha indicado, establece los requisitos comunes a la aportación de documentación.

El art. 6.2, al referirse a la normativa del Instituto Cervantes, señala que esta “incluye actuaciones especiales en caso de discapacidad transitoria o permanente”. En cuanto el apartado 7 de ese mismo artículo

regula las actuaciones especiales que debe adoptar el Instituto Cervantes para garantizar el acceso de las personas con discapacidad, se sugiere eliminar el inciso citado del art. 6.2.

En todo caso, en relación con las actuaciones especiales que debe realizar el Instituto Cervantes, se sugiere incluir una previsión especial acerca de la necesidad de adaptar las pruebas para las personas analfabetas, porque, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “el analfabetismo, esto es, el hecho de no saber leer ni escribir en español, no es una razón que determine inevitablemente la denegación de la nacionalidad, cuando el solicitante entiende y puede comunicarse en este idioma” (Sentencias de 14 de noviembre y 12 de diciembre de 2011).



El art. 8, al regular los informes que deben ser recabados durante la instrucción del procedimiento, omite el informe del Centro Nacional de Inteligencia, al que aluden tanto el preámbulo como el art. 11.2. Teniendo en cuenta que la resolución del Ministro de Justicia “se entenderá suficientemente motivada” cuando se base en este informe (art. 11.2), es necesario corregir esta omisión e incluirlo expresamente entre los informes que regula el art. 8.

El art. 10 parece establecer dos plazos diferentes para la subsanación de los defectos advertidos en la solicitud o en la documentación presentada. Así, el apartado 1 señala que “si la solicitud o documentos presentados no reúnen los requisitos necesarios para la obtención de la nacionalidad española por residencia, se requerirá al interesado o, en su caso, se comunicará telemáticamente al presentante o al Mando o Jefatura de Personal del Ejército o Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa a la que el interesado pertenezca, al objeto de su notificación al mismo, para que en un plazo de tres meses subsane la falta o acompañe, telemática o físicamente, para su cotejo los documentos que procedan”. Por su parte, el apartado 2 dispone que “en dicha notificación, se indicará que, en caso de que no se produzca la subsanación por el interesado en el plazo de diez días, se le tendrá por desistido en su petición, lo que se acordará mediante la correspondiente resolución”. Para evitar confusiones, se sugiere revisar la redacción de este artículo, indicando con claridad cuál es el plazo con el que cuenta el interesado para la subsanación, desde que le sea notificada la resolución correspondiente.

En el art. 11.2 debería suprimirse la referencia al “órgano en quien delegue” el Ministro de Justicia (y, en el mismo sentido, esta expresión debería eliminarse del párrafo quinto del preámbulo).

El art. 12.1 incorpora una importante novedad procedimental, al disponer que la eficacia de la resolución de concesión quedará supeditada a que el interesado realice ante el Encargado del Registro Civil las manifestaciones a que se refiere el art. 23 del Código Civil y solicite la inscripción en el Registro “sin que

hasta ese momento haya cometido el interesado actos incompatibles con el requisito de la buena conducta cívica”. A tal efecto –añade– “la Dirección General de los Registros y del Notariado deberá remitir al Registro Civil toda evidencia de la que tenga conocimiento acerca del incumplimiento del requisito de buena conducta cívica, la cual impedirá la inscripción registral de la nacionalidad”.

La razón de ser de esta novedad la explica la Memoria, indicando que con ella se “pretende evitar las situaciones que se producen actualmente en las que en el momento de la inscripción de la concesión se comprueba, por ejemplo, que el interesado está incurso en ese momento en un procedimiento penal. Aunque desde hace varios años el Consejo de Ministros está procediendo a realizar declaraciones de lesividad del acto de concesión en este tipo de casos, se considera como fórmula más idónea prever estos supuestos con carácter general, como se hace en este real decreto.” Sin embargo, la regulación proyectada ha sido cuestionada por el Foro para la Integración Social del Inmigrante, que considera que incurre en ilegalidad al imponer requisitos no exigidos por el Código Civil y que introduce una forma de “revocación” de un “acto administrativo declarativo de derechos”.

Pues bien, para analizar correctamente esta cuestión, es preciso comenzar por señalar que la nacionalidad española no es un derecho, sino un status, que atribuye a los ciudadanos “capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento” (Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, de 1 de julio de 1992). De ahí que la resolución del Ministro de Justicia por la que se confiere la nacionalidad al interesado no pueda definirse como un acto meramente “declarativo de derechos”, sino como un acto por el que se reconoce un status al interesado, del que derivan derechos (por ejemplo el derecho de sufragio, ex art. 13 de la Constitución), pero también deberes (el deber de conocer el castellano, ex art. 3.1 de la Constitución) o situaciones mixtas de derecho y deber (como el de defender a España, ex art. 30 de la Constitución).

Desde esta perspectiva, es necesario analizar, en primer lugar, si puede el Reglamento exigir que “la buena conducta cívica” del interesado se mantenga después de que sea dictado el acto de concesión, hasta el momento en que se inscriba la adquisición de la nacionalidad española en el Registro Civil. Este requisito deriva de lo dispuesto en el art. 22.4 del Código Civil, que señala que “el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Código Civil, buena conducta cívica”. En cuanto qué debe entenderse por “buena conducta cívica”, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime al señalar que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que requiere una valoración casuística. En todo caso, es posible afirmar que se trata de un requisito cuya exigencia no se circunscribe a un momento temporal concreto sino que exige permanencia a lo largo del tiempo, en cuanto se predica en relación con la conducta de un sujeto y no de actos aislados. En consecuencia, a diferencia del requisito de la residencia, que solo requiere cumplir los plazos previstos por el Código Civil, la “buena conducta cívica” exige una valoración global de la actuación de una persona, sin un límite temporal preciso. Por este motivo, parece razonable que la norma proyectada obligue a que la buena conducta cívica se mantenga no solo hasta que dicte resolución el Ministro de Justicia, sino también después, hasta el momento en que se proceda a la inscripción de la nacionalidad en el Registro Civil. Esta interpretación es, además, coherente con el hecho de que el Código exija al interesado manifestar ante el Encargado su compromiso de mantener esta buena conducta cívica en el futuro, al imponerle la obligación de jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes.

Ahora bien, señalado lo anterior, es preciso analizar si la comisión de un acto de mala conducta cívica es suficiente para privar de eficacia ipso iure a la resolución dictada por el Ministro de Justicia. Del art. 23 del Código Civil se desprende que la resolución de concesión de la nacionalidad, una vez dictada, se convierte en acto administrativo perfecto aunque todavía ineficaz, pues para desplegar todos sus efectos requiere que el interesado formule el juramento o promesa (y, en su caso, declare renunciar a su nacionalidad anterior) ante el Encargado del Registro Civil en los 180 días siguientes a la notificación de la resolución. Transcurrido este plazo sin haber cumplido con los requisitos exigidos, la resolución caduca y pierde todos sus efectos. Pues bien, a este régimen legal el art. 12 del Reglamento añade que si la Dirección General de los Registros y del Notariado tuviera cualquier evidencia de incumplimiento del requisito de buena conducta cívica por el interesado, deberá remitirla al Encargado del Registro Civil y esta remisión “impedirá la inscripción registral de la nacionalidad”. De esta manera, el incumplimiento del requisito de buena conducta cívica operaría como condición resolutoria, que privaría de efectos al acto administrativo de concesión de la nacionalidad.

Como ya se ha dicho, es razonable que la norma proyectada exija que la buena conducta cívica se mantenga hasta el momento de la inscripción. Por lo tanto, el acto administrativo de concesión de la naciona-

lidad, una vez dictado, quedaría condicionado en su eficacia a que el interesado no incumpla el requisito de la buena conducta cívica hasta que se inscriba la adquisición de la nacionalidad en el Registro Civil.

Con todo, es preciso realizar determinadas observaciones al art. 12, a efectos de reconsiderar y modificar algunos aspectos de su redacción.

– En primer lugar, para que pueda denegarse la inscripción es necesario que el incumplimiento se produzca después de que se dicte la resolución del Ministro de Justicia y antes de la inscripción en el Registro Civil (en este caso, el acto administrativo perfecto, pero todavía no eficaz, quedaría extinguido por cumplimiento de condición resolutoria). Sin embargo, si el incumplimiento se hubiera producido antes de dictar resolución, pero por cualquier motivo esta circunstancia no se hubiera puesto de manifiesto en el expediente (o no hubiera sido adecuadamente valorada), entonces el acto administrativo de concesión estará viciado y tendrá que ser revisado a través de las vías previstas en nuestro ordenamiento jurídico.

– En segundo lugar, sería aconsejable acotar con mayor precisión cuáles son las “evidencias de incumplimiento del requisito de buena conducta cívica” a las que se refiere el art. 12 y que impiden practicar la inscripción de adquisición de la nacionalidad. Tales “evidencias” deberían, además, circunscribirse a los supuestos más graves de incumplimiento del requisito de buena conducta cívica, para evitar que, en la práctica, pueda ponerse en peligro la seguridad jurídica. Cabe recordar en este sentido que el Tribunal Supremo ha declarado que “el reconocimiento de la nacionalidad española por residencia no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos, salvo que por fundadas razones de orden público o interés nacional proceda denegarla, para lo cual la Administración ha de expresar los hechos en los que se basa la denegación a fin de que la Jurisdicción pueda comprobar si efectivamente aquéllos afectan al orden público o al interés nacional” (Sentencias de 26 de julio de 1997 y 5 y 19 de junio de 1999).

– Finalmente, sería conveniente modificar el art. 12 para indicar que la ineficacia del acto de concesión deberá ser declarada expresamente por resolución del Ministro de Justicia, en cuanto órgano decisor. En efecto, según la redacción actual del art. 12, basta con que la Dirección General de los Registros y del Notariado remita cualquier evidencia de mala conducta al Encargado del Registro Civil para que este deniegue la inscripción. De esta manera, el Reglamento equipara el incumplimiento de los requisitos del art. 23 del Código Civil con el incumplimiento del requisito de la buena conducta cívica. Sin embargo, no cabe admitir sin más esta equiparación, pues frente al carácter puramente reglado del acto de recibir el juramento o promesa del interesado (y la renuncia, en su caso, a la nacionalidad anterior), la valoración del incumplimiento del requisito de buena conducta cívica implica un amplio margen de discrecionalidad. En efecto, el Código, al hablar de “buena conducta cívica”, utiliza deliberadamente un concepto jurídico indeterminado porque exige una valoración casuística de cada solicitud durante la tramitación del expediente (art. 22.4 del Código Civil) y en el momento de resolver, facultando al Ministro de Justicia para denegar la concesión si concurren motivos razonados de orden público e interés nacional (art. 21.1).

Así, no hay dificultad en que el Encargado del Registro deniegue la inscripción si el interesado se niega a prestar juramento o promesa, porque en este caso se limitará a constatar un hecho. Sin embargo, permitirle denegar la inscripción cuando haya “evidencias” de mala conducta, supone atribuirle un margen de discrecionalidad excesivo para valorar y, en último término, para decidir la extinción de efectos de un acto administrativo dictado por el Ministro de Justicia.

Por este motivo, se sugiere modificar la redacción actual del art. 12, a efectos de introducir expresamente la exigencia de que, en caso de que se obtengan evidencias de incumplimiento del requisito de buena conducta cívica, la Dirección General de los Registros y del Notariado las remita al Ministro de Justicia para que este, en su caso, dicte resolución en la que constate expresamente tal incumplimiento y declare formalmente la extinción de los efectos del acto administrativo de concesión de la nacionalidad. Adicionalmente, sería conveniente introducir en el art. 12 la exigencia de que la resolución del Ministro por la que se conceda la nacionalidad indique expresamente que tal concesión quedará condicionada a que el interesado no incumpla el requisito de buena conducta cívica hasta el momento de la inscripción, advirtiendo de que, en caso de incumplimiento de este requisito, la resolución perderá su eficacia.

Finalmente, la norma proyectada debería establecer expresamente la obligación de dar audiencia al interesado antes de que se dicte la resolución por la que se declare la extinción de los efectos del acto de concesión de la nacionalidad. De esta manera, quedaría garantizado el derecho del interesado a ser oído antes de que se dicte una resolución que afectará decisivamente a su status personal.



El art. 14.1, al ocuparse de los recursos de reposición indica, en su párrafo segundo, que “en los supuestos de personal al servicio de las Fuerzas Armadas, desde el Ministerio de Justicia se solicitará, a la mayor brevedad y por vía telemática, informe al órgano del Ministerio de Defensa que hubiera instruido el expediente, el cual lo remitirá telemáticamente en el plazo de cinco días”. A juicio del Consejo de Estado, debiera considerarse la posibilidad de eliminar dicho párrafo, considerando que el Ministerio de Defensa ya emite un informe motivado en el que propone o deniega la concesión de la nacionalidad (art. 9). En todo caso, convendría precisar que la instrucción del expediente la lleva a cabo la Dirección General de los Registros y del Notariado y no el Ministerio de Defensa, que se limita a remitir telemáticamente la solicitud, según resulta del art. 9.1. Por lo demás, el art. 14.1 cita explícitamente los arts. 116 y 117 de la Ley 30/1992. En cuanto tales artículos dejarán próximamente de estar en vigor, se sugiere sustituir esta referencia explícita por otra más genérica, que podría indicar que, en caso de denegación, “podrá interponerse recurso de reposición en los términos previstos en la legislación sobre Procedimiento Administrativo Común”.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez tenida en cuenta la observación formulada al art. 3.3 del Reglamento y consideradas las restantes, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2015/4. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 28 mayo 2015, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los estados extranjeros y de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a conferencias y reuniones internacionales celebradas en España

[...]

VI. Conclusiones

Primera.— El prelegislador ha optado por establecer un régimen de inmunidades de carácter interno inspirándose en el contenido del Convenio ONU sobre inmunidades estatales en un momento en el que la norma convencional está a la espera de contar con las adhesiones, ratificaciones o aceptaciones de los Estados necesarias para que entre en vigor, después de que España hubiese depositado su instrumento de ratificación sin reserva alguna. Esta opción del prelegislador, ejercitada en el curso del proceso de entrada en vigor de la norma internacional, se explica en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto por la manifiesta dificultad en conseguir el número de adhesiones, ratificaciones o aceptaciones de los Estados requerido para la entrada en vigor de la convención. En tal sentido, no cabe cuestionar la oportunidad de la norma proyectada, ante las dudas más que justificadas acerca de la entrada en vigor del texto internacional, y habida cuenta de los objetivos que persigue, que, según se indica en la referida Memoria, se contraen a establecer con carácter sistemático un régimen de inmunidades que permita acabar con las disfunciones que produce la ausencia de una regulación específica sobre la materia, tomando como referencia el contenido de la Convención ONU, al tiempo que persigue ofrecer una regulación de mínimos en aquellas materias, como son el estatuto de las fuerzas armadas visitantes y el de las organizaciones internacionales con sede en España, que suelen ser objeto de un tratamiento convencional

específico. Paralelamente, la regulación interna ha de proporcionar, respecto de los privilegios e inmunidades de las conferencias y reuniones internacionales, una regulación pormenorizada y estable, actualmente inexistente tanto en el plano internacional como en el interno, que hará innecesario recurrir a tratados internacionales particulares celebrados “ad hoc”. Y al mismo tiempo, ha de servir para definir de forma indubitada ante el exterior el régimen jurídico español en materia de inmunidades, clarificando de esa forma su posición en las relaciones internacionales con los Estados extranjeros.



Segunda.— Debe ponerse de relieve que el proyecto normativo, que incorpora también el régimen de inmunidades de los Jefes de Estado, de los Jefes de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores, surge cuando en el seno de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas se están llevando a cabo importantes trabajos sobre la responsabilidad penal de los funcionarios, que incluye la de las altas personalidades señaladas.

Tercera.— Este Consejo General del Poder Judicial no ha de entrar a valorar, empero, la iniciativa legislativa más allá de lo que permite, en un ejercicio de lealtad institucional, hacer llegar una reflexión acerca de su conveniencia y oportunidad ante el actual estado del desarrollo normativo internacional. Es evidente que el prelegislador persigue dotar al ordenamiento interno de un instrumento normativo que sirva como mecanismo de cierre del sistema de inmunidades y que ofrezca una mayor seguridad jurídica a los operadores del Derecho. Sigue, por tanto, la senda abierta por otros legisladores extranjeros, que han optado por configurar regímenes internos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Si dicha finalidad es absolutamente loable, no debe, sin embargo, escaparse la relevante circunstancia de que el ejemplo que ofrecen los ordenamientos que han incorporado regímenes de inmunidad son —con la excepción de la República Argentina— aquellos de corte anglosajón que necesitan de una norma interna para trasladar las disposiciones incluidas en los textos internacionales, lo que en cambio no sucede en el Derecho español, donde las normas contenidas en los tratados internacionales suscritos por España forman parte del ordenamiento jurídico y son directamente aplicables desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado (art. 1.5º Cc y art. 96 CE).

Cuarta.— La regulación de las inmunidades unilateralmente establecida prescinde, salvo en los contados casos en los que se contempla la reciprocidad —por ejemplo, en el art. 26 del Anteproyecto, al regular la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores, o en el art. 32, al referirse al estatuto de las fuerzas armadas de Estados no integrados en la OTAN— del tratamiento que el Estado extranjero dispensa a las mismas situaciones a las que el ordenamiento del foro reconoce la

inmunidad. Optar por establecer una norma interna al margen de los procedimientos de creación normativa internacionales tiene como consecuencia que no pueda garantizarse un tratamiento equivalente al dispensado por la *lex fori*, riesgo que, sin embargo, se conjura y desaparece cuando se trata de regímenes uniformes contenidos en una norma convencional.

Quinta.— El proyecto normativo, si bien quiere establecer una regulación completa y sistemática del régimen de inmunidades, no renuncia a remitirse a la regulación especial recogida en tratados o acuerdos internacionales específicos. Tal cosa sucede con la regulación del estatuto de las fuerzas armadas visitantes, o con la de los organismos internacionales y de las reuniones y conferencias internacionales. Su eficacia, en estos casos, se ve reducida, por cuanto la norma proyectada se limita a constituir el vehículo indicador de la norma convencional aplicable y a salvaguardar su primacía. Su valor, por tanto, reside en articular un régimen común y general supletorio del convencional, con la peculiaridad de que en ciertos aspectos podrá ser coincidente con el que contemplan determinados acuerdos de sede, en la medida en que estos han servido de guía para fijar el régimen de la norma interna. Por otro lado, el régimen que establece no es completo, pues deja al margen las inmunidades diplomáticas y consulares, así como otras reguladas en tratados específicos o reconocidas por el Derecho internacional (art. 3), respecto de las que la Ley Orgánica proyectada no tiene carácter subsidiario.

Sexta.— Aun admitiendo la conveniencia y oportunidad de la propuesta normativa, en la medida en que se reconozca que sirve a fines de seguridad jurídica, es preciso que el prelegislador tenga en cuenta el proceso legislativo desarrollado en el seno de las Naciones Unidas, y la eventualidad de que la Convención ONU venga en aplicación por haberse dado el número de ratificaciones, adhesiones o aceptaciones requeridas para su entrada en vigor. Se daría entonces una paradójica situación de convivencia de dos normas, la internacional y la interna, que, en lo concerniente al sistema de inmunidades estatales, tendría un contenido prácticamente idéntico. Esta eventualidad, por lo demás indeseable dentro de un adecuado sistema de fuentes, debería en último extremo contemplarse en la propia norma interna previendo su aplicación en defecto de convenio o acuerdo internacional, y en concreto de la Convención ONU, por más que tal cosa suponga aceptar aún más su limitada eficacia, al menos cuando esta norma convencional entrase en vigor; y ello, con independencia de que la eventual concurrencia normativa se resuelva en todo caso en favor de la norma internacional por la especial rigidez que presenta y su especial resistencia o fuerza pasiva (cf. art. 96.1º CE y STC 36/1991, de 14 de febrero).

Séptima.— La Ley Orgánica proyectada ha de conllevar la modificación del art. 21.1º LOPJ y 36.2–1º LEC contemplando su existencia, por cuanto habrá de ser la norma interna rectora del sistema de inmunidades que opera como límite de la extensión de la jurisdicción de los tribunales españoles.

Octava.— Si el carácter orgánico de la norma proyectada se explica desde el punto y hora en que afecta al desarrollo de derechos fundamentales de naturaleza procesal (art. 81.1º CE, en relación con sus arts. 24.1º y 117.3º) y a la extensión de la jurisdicción española por razón de privilegios e inmunidades, constituyendo una excepción al régimen de competencia de los tribunales nacionales establecido en la LOPJ, este carácter orgánico no se justifica en todo su articulado, pues no participan del mismo las normas que regulan los trámites procesales a través de los cuales se han de hacer valer las inmunidades, las que regulan el régimen de notificaciones y emplazamientos, el régimen de comunicaciones y los demás aspectos de naturaleza netamente procesal. Es necesario, por tanto, que el prelegislador diferenciara de forma expresa el carácter, orgánico u ordinario, de las normas que integran el articulado del Anteproyecto, de cara, fundamentalmente, a establecer las exigencias legislativas para una eventual futura modificación, para lo cual puede tomarse como referencia el criterio reflejado en la STC 5/1981, de 13 de febrero y en la STC 137/1986, de 6 de noviembre.

Novena.— A la hora de determinar su objeto, la norma proyectada distingue, por un lado (art. 1.1º), las inmunidades de los Estados extranjeros y sus bienes, de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, ya con cargo vigente, ya con cargo expirado, de los buques de guerra y buques y aeronaves del Estado, de las fuerzas armadas visitantes, de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y sus bienes, así como de las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España; y por otro lado (art. 1.2º), se refiere a los privilegios aplicables a las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España. Esta distinción, sin embargo, se muestra un tanto inexacta, pues los privilegios que contempla la norma no se limitan a las conferencias y reuniones internacionales, sino que esta establece también privilegios en favor de los Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, de los miembros de las fuerzas armadas visitantes, por virtud de la remisión que efectúa el art. 32 del Anteproyecto al Convenio relativo al estatuto de las fuerzas de la OTAN, así como de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España.

Décima.— La inmunidad reconocida al Estado extranjero se extiende a los elementos constitutivos del Estado federal o a las subdivisiones políticas del Estado que estén facultados —aquellas y estas— para realizar actos en el ejercicio de la autoridad soberana del Estado y actúen en tal capacidad (art. 2 a.ii). El texto proyectado reproduce en este punto el art. 1 de la Convención ONU, que concibe la inmunidad estatal en esos términos amplios, a diferencia del Convenio de Basilea, que no contempla en la inmunidad del Estado las subdivisiones políticas que pueda presentar.

Decimoprimera.— La inmunidad de los Jefes de Estado incluye la de cada uno de los miembros de un órgano colegiado cuando, de conformidad con la Constitución respectiva, dicho órgano cumpla las funciones de tal. La norma sigue de este modo las orientaciones de la Comisión de Derecho internacional, que atiende al eventual carácter colegiado de la Jefatura del Estado al concebir la inmunidad penal de los funcionarios.

Decimosegunda.— La fórmula abierta utilizada por el prelegislador, sin enumerar los medios a través de los cuales podrá manifestarse la renuncia, si bien tiende a facilitar la renuncia a la inmunidad, puede sin embargo introducir cierta dosis de inseguridad a la hora de considerar si, efectivamente, se ha manifestado, y si se ha hecho para el concreto tipo de acción ejercitada ante el tribunal español. Debe tenerse en cuenta la trascendencia que tiene la manifestación de la renuncia a la inmunidad y el sometimiento a la jurisdicción del foro; importancia que explica porqué, en la génesis de la Convención, la Comisión de Derecho internacional ha precisado que las exigencias del art. 7.1º para manifestar la renuncia no empecen a que el Estado del foro pueda imponer reglas más estrictas para entender prestado el consentimiento. El acogimiento de la tesis restrictiva de la inmunidad no debe pugnar con la seguridad jurídica. Pudiera ser aconsejable, en beneficio de esta, establecer detalladamente los medios a través de los cuales cabe entender efectuada la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, en términos análogos a los previstos en el art. 7.1º de la Convención ONU.

Decimotercera.—La norma proyectada tiende a deducir la renuncia a la inmunidad de un determinado comportamiento procesal que supone el ejercicio por el Estado extranjero de una acción ante los tribunales del foro o la reacción frente a la ejercitada respecto del mismo. Si bien cuando se trata de la acción ejercitada en el foro por el Estado extranjero, ya de forma principal, ya por vía reconvencional, la fórmula empleada por el prelegislador es clara y adecuada, no lo es tanto cuando se trata de la reacción frente a la acción ejercitada contra el mismo por vía reconvencional. La regla de la letra d) del art. 6 no acierta a expresar con claridad la razón de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción y el consentimiento al ejercicio de la jurisdicción del foro que tiende a establecer. El art. 9 de la Convención es más claro y explícito en este punto: con arreglo al mismo, ningún Estado que incoe un proceso ante el tribunal del Estado del foro o que intervenga en ese proceso podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante este tribunal en lo concerniente a una reconvención basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la demanda principal. Se trata, por tanto, de establecer en términos claros una conexión coherente entre la conducta que lleva a ejercitar una acción ante el tribunal del foro y la que lleva a reaccionar ante una pretensión deducida por vía reconvencional basada en la misma relación jurídica o en los mismos hechos que la primera. Sería conveniente, por tanto, que se diera una nueva redacción a la letra d) del art. 6, en los términos indicados.

Decimocuarta.— La letra b) del art. 8.1º de la Convención ONU dispone que el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción si ha intervenido en el proceso o ha realizado cualquier otro acto en relación con el fondo. El art. 6 b) del Anteproyecto limita este efecto a la realización de cualquier acto relativo al fondo del proceso. La regla así formulada puede inducir a dudas en los casos de intervención de terceros, bien voluntaria, bien forzosa, contemplados en los arts. 13 y 14 LEC, y tanto si dicha intervención conlleva la adquisición de la condición de demandado como si no tiene esa consecuencia, pues aun en estos casos de la mera posición de litisconsorte y de los eventuales efectos, siquiera reflejos, de la sentencia, puede deducirse el mismo efecto. Cabría cuestionar, por ello, la conveniencia de que la norma proyectada contemplara también los casos de intervención procesal, clarificando sus efectos en orden a considerar efectuada la renuncia a la inmunidad de jurisdicción.

Decimoquinta.— Todas las excepciones se establecen con carácter dispositivo —si no hay acuerdo entre España y el Estado extranjero en otro sentido—, y se asientan en el presupuesto de que los tribunales españoles fuesen competentes para conocer del litigio conforme a las normas españolas de competencia judicial. Esta última circunstancia —es decir, la necesidad de competencia judicial internacional—, que parece presentarse como una condición para que opere la excepción, no se contempla como tal en el texto de la Convención, y no responde a una adecuada técnica legislativa. En primer lugar, porque la inmunidad de jurisdicción y la competencia judicial internacional se mueven en planos diferentes, de tal modo que

aquella opera como un límite a la jurisdicción del Estado soberano frente a la de otro Estado soberano, en tanto que esta se refiere a la atribución de la competencia de los tribunales por razón de determinados vínculos con el foro. De este modo, la invocación de la inmunidad de jurisdicción será previa a la de la eventual falta de competencia del tribunal del foro. Se trata, por tanto, de presupuestos diferentes que condicionan el ejercicio de la jurisdicción del Estado del foro: en un caso, en el de la inmunidad, para limitarla, y en el otro, en el de la competencia internacional, para delimitar su extensión. Esta diferenciación se muestra nítidamente en la relación entre inmunidad de jurisdicción y justicia universal, como se ha visto (*cf.* párrafos 64 al 69). Y en segundo lugar, porque la competencia internacional no siempre vendrá determinada por las normas de producción interna, sino que en numerosas ocasiones serán aplicables normas supranacionales. Por tanto, resulta más adecuado articular las diversas excepciones a partir del hecho –y no del requisito– de la competencia de los tribunales españoles de acuerdo con las normas, nacionales o internacionales, aplicables, evitando el empleo de cualquier expresión que lleve a considerar la competencia determinada con arreglo a las leyes nacionales como un presupuesto necesario para que opere la excepción a la inmunidad.

Decimosesta.– El art. 9 del Anteproyecto no recoge la precisión contenida en el apartado segundo del art. 2 de la Convención, con arreglo a la cual para determinar si un contrato o transacción es una transacción mercantil con arreglo a lo dispuesto en el mismo se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter ni mercantil del contrato o de la transacción. Esta regla hermenéutica, que se introdujo en el articulado de la Convención en el 2003, responde a una fórmula utilizada por diversas jurisdicciones nacionales, y su inclusión en el texto proyectado resultaría adecuada, refiriéndola a los tribunales españoles, que de este modo se aproximarían a la práctica de otros tribunales nacionales.



Decimoséptima.– La inmunidad de jurisdicción no resultará afectada – por entender que el Estado no es parte en la transacción– cuando en el proceso intervenga como parte en ella una empresa estatal u otra entidad creada por un Estado extranjero que esté dotada de personalidad jurídica propia y tenga capacidad para demandar y ser demandadas y adquirir por cualquier título la propiedad o posesión de bienes, incluidos los que este Estado le haya autorizado a explotar o administrar y disponer de ellos. En el “Entendimiento” que figura como anexo a la Convención se precisa, con fuerza interpretativa, que tal disposición “no prejuzga la cuestión del ‘levantamiento del velo de la persona jurídica’, las cuestiones relativas a una situación en que una entidad estatal haya hecho deliberadamente una exposición falsa de su situación financiera o haya ulteriormente reducido su activo para evitar el pago de una deuda, ni otras cuestiones conexas”. Esta puntualización exegética no se contiene, sin embargo, en el texto del Anteproyecto, aunque su inclusión parece oportuna, dejando a salvo los casos en que proceda el levantamiento del velo

social con arreglo al ordenamiento y jurisprudencia patrios, en evitación del riesgo considerado por los autores de la Convención y de situaciones claudicantes en perjuicio de la otra parte de la transacción mercantil, que de otro modo puede verse privado de la garantía que representa un patrimonio con el que hacer frente a la responsabilidad derivada del incumplimiento de sus obligaciones.

Decimoctava.— Constituyen una excepción a la regla de la inmunidad de jurisdicción estatal los contratos de trabajo concertados con personas físicas cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España (art. 10). La excepción, prácticamente idéntica a la establecida en el art. 11 de la Convención, cuenta a su vez con diversas excepciones, recogidas en el apartado segundo del art. 10 del Anteproyecto. Estas contra-excepciones deben dejar a salvo, en todo caso, las normas de competencia judicial internacional de carácter imperativo, como las que establecen los foros de protección en los contratos de trabajo, tanto las establecidas en el Derecho de la Unión —concretamente en el Reglamento (UE) n° 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, como en otras normas internacionales y, en defecto de unas y otras, en el derecho interno. Entre estas contra-excepciones se encuentran las siguientes:

a) Que el trabajador haya sido contratado para desempeñar funciones en el ejercicio del poder público. Esta contra-excepción difiere puntualmente, sin embargo, de la Convención en que esta califica las funciones como “especiales”, término que sustituyó a la expresión inicialmente considerada de “funciones estrechamente ligadas al ejercicio del poder público”. En el informe de la CDI se precisa que la fórmula incluye a secretarios privados, criptógrafos, traductores, intérpretes y otras personas que ejercen funciones ligadas a la seguridad o a los intereses fundamentales del Estado. Este matiz de la estrecha o especial vinculación al ejercicio del poder público no ha sido tomado en consideración, sin embargo, por el prelegislador, que ha optado en este caso por conferir un mayor ámbito a la inmunidad de jurisdicción estatal. Cabe cuestionar, sin embargo, la conveniencia de prescindir de este rasgo delimitador del alcance de la excepción, pues en la prestación de servicios en el marco de una relación laboral concertada con el Estado extranjero siempre cabrá alegar que, en último término, se sirve al ejercicio de poderes públicos.

b) Que el objeto del proceso sea la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador. Debe llamarse la atención acerca de la amplitud de esta contra-excepción, que conduce en la práctica a que los procedimientos con este objeto que afecten a los trabajadores —los más usuales— se ventilen ante la jurisdicción extranjera. Esta amplitud puede estar justificada en la esfera convencional, donde se garantiza que los Estados extranjeros signatarios de la Convención darán el mismo tratamiento a los trabajadores nacionales en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción de aquellos Estados, pero no encuentra la misma justificación cuando se trata de establecer una excepción a la excepción de la inmunidad de jurisdicción desde una norma de producción interna, en la que no se garantiza esa reciprocidad de trato. Para limitar el alcance de esta contra-excepción, y por tanto, el alcance de la inmunidad de jurisdicción que deriva de ella, cabría someter su aplicación a la regla de la reciprocidad, de forma que quede garantizado que el Estado extranjero reconoce la misma contra-excepción y la dota de la misma amplitud.

c) Que el objeto del proceso sea el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Debe tenerse en cuenta, respecto de estos, que el “Entendimiento...” anexo a la Convención precisa que la referencia a los mismos es “ante todo, una referencia a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y oficinas consulares”. Por lo demás, las mismas consideraciones, y la misma sugerencia al prelegislador que se hacen con relación a la anterior contra-excepción, cabe hacer respecto de ésta.

d) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de la interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España. También respecto de esta contra-excepción cabe referir las observaciones realizadas a las anteriores, y predicar de ella la misma solución legislativa.

e) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hubiesen convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador, conforme a las reglas españolas de competencia judicial. Esta última exigencia, que hace entroncar la virtualidad del acuerdo dispositivo entre trabajador y Estado extranjero con los foros de competencia exclusiva de los tribunales españoles —como tales foros de protección—, debería precisarse en el sentido de que dicha competencia exclusiva puede venir dada no solo por las normas de competencia interna sino también por las internacionales, incluidas las del Derecho de la Unión, como las contenidas en el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judi-

cial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351, de 20.12.2012).

Decimonovena.— Las sugerencias respecto del art. 11 del Anteproyecto pasan principalmente por articular una excepción a la regla general de la inmunidad de jurisdicción de los Estados que ampare los casos en que se ejerciten acciones indemnizatorias por lesiones o daños causados por el Estado extranjero capaces de integrar supuestos de violaciones graves de normas internacionales de *ius cogens*, sin estar supeditada a las conexiones establecidas en las letras a) y b) del art. 11 del texto proyectado. Alternativamente, la propuesta de mejora normativa pasa por establecer mecanismos amplios de cooperación internacional que den como resultado —sin duda, más que incierto— la renuncia a la inmunidad y el consentimiento del Estado extranjero a la jurisdicción nacional en estos casos. De manera subsidiaria se suscita la conveniencia de propiciar la reparación por la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado, en la línea apuntada por la jurisprudencia constitucional, ante el fracaso de los intentos de obtener una satisfacción judicial a las pretensiones. Y, conectado con lo anterior, surge la posibilidad de constituir un fondo de reparaciones, al modo contemplado en la legislación norteamericana de inmunidades estatales.

Vigésima.— Con relación a la excepción a la inmunidad de jurisdicción prevista en el art. 16 —procesos en los que el Estado extranjero haya convenido por escrito con una persona natural o jurídica nacional de otro Estado la sumisión a arbitraje de toda controversia sobre una transacción mercantil, relativos a la validez, interpretación o aplicación de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral, al procedimiento de arbitraje, incluido el nombramiento judicial de los árbitros, o la confirmación, anulación o revisión del laudo arbitral—, debe tenerse en cuenta que, aunque la ley española exige la forma escrita para la validez del acuerdo arbitral (art. 9.3º Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), la forma escrita puede no ser exigida por la ley que rijan la validez y eficacia del acuerdo o contrato arbitral, tal y como contempla el art. 1.2º del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961. Por otra parte, cabría suscitar en este punto la oportunidad de incluir también los procesos que tienen por objeto el reconocimiento de los efectos de laudos extranjeros de conformidad con el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 junio 1958 —que tiene aplicación universal para España—, o en aplicación de otras normas internacionales, en la medida en que se considere un procedimiento autónomo, con objeto propio e independiente del proceso de ejecución en sí mismo, cuyo conocimiento viene atribuido actualmente a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 73.1º.c de la LOPJ).

Vigésimoprimer.— El Anteproyecto, siguiendo la línea de la Convención, distingue las medidas ejecutivas de tipo cautelar de las propiamente ejecutivas, adoptadas después de la resolución judicial. Respecto de las primeras, la regla general es que no cabrán salvo que el Estado extranjero consienta la adopción de tales medidas, o haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto del proceso del cual derivan tales medidas (art. 17.1º). Debe retenerse que el prelegislador no establece una forma específica para prestar el consentimiento, a diferencia del Convenio ONU, que no solo exige que el consentimiento sea expreso, sino que también requiere que se preste por medio de un acuerdo internacional, por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes (art. 18 de la Convención). Las mismas razones que justificaban la conveniencia de establecer límites a la forma de manifestar el consentimiento al ejercicio de la jurisdicción por los tribunales españoles sirven ahora para argumentar acerca de la conveniencia de establecer las mismas limitaciones para manifestar el consentimiento del Estado extranjero a la adopción de medidas de ejecución.

Vigésimosegunda.— El prelegislador, al establecer los requisitos para la adopción de medidas de ejecución frente al Estado extranjero, no ofrece ninguna pauta que sirva para establecer la naturaleza del nexo del bien afecto con la entidad contra la que se dirija el proceso. En el “Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención” que figura como anexo a la misma se indica que el vínculo se ha de entender en un sentido más amplio que el de “propiedad” o “posesión”. Sería aconsejable, por tanto, que la norma proyectada precisara la naturaleza del vínculo o nexo exigido, pues si bien no es ajeno al ordenamiento jurídico español el embargo de bienes cuya titularidad dominical no corresponde al deudor, siempre es preciso un título jurídico que autorice la adopción de la medida ejecutiva sobre tales bienes.

Por otra parte, al referir el vínculo a la entidad contra la que se haya dirigido el proceso y no al Estado extranjero en sí mismo, cabría la posibilidad de que en un caso de demanda por despido improcedente contra una misión diplomática de un Estado extranjero no pudiera ejecutarse una supuesta sentencia favorable adoptando medidas ejecutivas contra los bienes de una representación consular de ese mismo Estado, aun contando con la posibilidad que abre el último inciso del art. 18.2º del texto proyectado. No debe

olvidarse que el requisito del nexo o vínculo del bien con la entidad ha sido muy criticado por la doctrina científica, que aduce su inexistencia en la práctica internacional, y destaca que constituye el principal inconveniente para expresar tajantemente una opinión favorable a la ratificación de la Convención. Y al mismo tiempo debe retenerse que la jurisprudencia constitucional incide en la necesidad de extender las posibilidades de ejecución sobre todos los bienes de los que sea titular el Estado demandado que, por estar afectos a actividades de naturaleza comercial o similar, no queden afectados por la inmunidad de ejecución (STC 18/1997).

El término “entidad”, de acuerdo con el “Entendimiento ...” anexo al Convenio, designa tanto al Estado como a las unidades constitutivas de un Estado federal, las subdivisiones de un Estado, los organismos o instituciones del Estado y cualquier otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente. Esta precisión es acorde con contenido de la definición del concepto de Estado recogida en el art. 2.a) del texto de reforma. En todo caso, sería conveniente, también aquí, que el prelegislador tuviera en cuenta la posibilidad de que una entidad tergiversase intencionadamente su situación financiera o que haya reducido sus activos para evitar atender a una reclamación, y la incidencia de la doctrina del levantamiento del velo, en los términos indicados en el “Entendimiento anejo a la Convención, y en los ya expuestos al tratar sobre la inmunidad de jurisdicción (cf. Epígrafe III, Apartado II, parágrafo 12).

Por lo demás, la salvedad que introduce el último inciso del art. 17.2º, por cuya virtud se autoriza la adopción de medidas ejecutivas, siempre que se den los presupuestos exigidos, aunque los bienes se destinan a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio, se ajusta a la doctrina del Tribunal Constitucional que ha acogido la tesis restrictiva de la inmunidad.

Vigesimotercera.— Respecto de las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas o consulares cabe hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, que solo se establece la presunción de su utilización para fines públicos no comerciales de aquellas cuentas utilizadas o destinadas a ser utilizadas en el desempeño de las funciones de la misión diplomática, y no para fines distintos (cf. art. 20.1º.a y 20.2º); y en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, que la norma proyectada se muestra más flexible, en pro de una concepción restrictiva de la inmunidad de ejecución, que el criterio de la jurisprudencia constitucional que proclama indiscriminadamente el carácter inembargable de las cuentas de las legaciones diplomáticas y consulares.

Vigesimocuarta.— Sería conveniente reflexionar acerca de la conveniencia de establecer mecanismos que mejoren la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la tutela ejecutiva, frente al Estado extranjero. Y es que, a partir de la afirmación de la compatibilidad entre el principio de inmunidad —de ejecución, en este caso— y el derecho a la tutela judicial, la jurisprudencia constitucional apunta ciertas soluciones que van en esa misma línea de lograr la plena satisfacción del derecho del particular concernido, que se pueden concretar estableciendo la obligación de todos los poderes públicos de favorecer la investigación del patrimonio del Estado extranjero; concediendo amplias facultades a los tribunales en ese mismo sentido; definiendo la naturaleza del vínculo entre el bien y el Estado y concibiéndolo con amplitud, de forma que permita la afección de todos aquellos bienes y derechos que conformen su patrimonio no afectado por la inmunidad; y, en fin, articulando cauces subsidiarios de satisfacción, como el que abre la responsabilidad patrimonial del Estado, al que no es ajeno el establecimiento de un fondo de garantía o de resarcimiento.

Vigesimoquinta.— Las líneas generales y las consideraciones de la CDI que configuran el régimen de la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores sirven para explicar la regulación que de él hace el Anteproyecto en sus arts. 21 y 22, siendo el primero de ellos, que establece la inviolabilidad de tales personalidades, de su residencia, sus bienes y su correspondencia cuando se hallen en territorio español, durante todo el periodo de duración de su mandato, y con independencia de que se encuentren en misión oficial o en visita privada, consecuencia de la inmunidad de jurisdicción y ejecución *ratione personae* que se establece en el segundo, con la misma amplitud con que se concibe en los trabajos de CDI; inmunidad de jurisdicción y de ejecución que, por lo demás, se reconoce *ratione materiae* respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones.

Vigesimosexta.— Debe advertirse acerca de la discordancia existente entre el art. 1 del Anteproyecto, que al definir el objeto de la Ley no alude a los bienes de los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, así como de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros, y el régimen establecido en el Título II del Anteproyecto, que incluye los bienes de dichas altas personalidades y su residencia en España, su correspondencia y sus propiedades, así como, en su caso, los medios de transporte que utilicen, a los que extiende el rasgo de la inviolabilidad y la inmunidad de ejecución.

Vigesimoséptima.— Respecto la inmunidad de jurisdicción de los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores cuando están en activo, la vigente LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI), permite sostener su eventual persecución ante este órgano – como ocurrió en el caso de Omar Al Bashir, Presidente de Sudán, contra quien la CPI libró orden de captura el 4 marzo 2009 por crímenes de guerra y contra la humanidad–, al amparo del derecho convencional de los derechos humanos, particularmente de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 27 del Estatuto de Roma. De hecho, así se viene a reconocer por el pre-legislador. El último párrafo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto advierte de que el contenido de la LO en su totalidad “ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de sus compromisos con la Corte Penal Internacional”. Bastaría con que esta misma declaración se incorporara al texto articulado en el Capítulo III del Título II, Disposiciones Comunes.



Vigesimoctava.— También la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores extranjeros (arts. 23 y 24) responde a los criterios que han ido asentándose en los trabajos de la CDI. La inmunidad penal se reconoce en este caso *ratione materiae*: es decir, aparece limitada a los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales. Y con relación a la inmunidad civil, laboral, administrativa, mercantil y fiscal se circunscribe también a los actos realizados durante su mandato en el ejercicio de sus funciones oficiales, si bien con relación a ellas impera una concepción restrictiva de la inmunidad, pues operan las excepciones previstas en los arts. 9 a 16 del texto proyectado, en los términos ya examinados. Por consiguiente, las inmunidades de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores no se reconocen respecto de los actos anteriores o posteriores a sus mandatos, y de los actos realizados durante el mandato que no sean en el ejercicio de sus funciones oficiales; y tratándose de las inmunidades no penales, cuando concurran los presupuestos para que tengan lugar, no podrán ser invocadas en los supuestos que configuren las excepciones limitativas del carácter absoluto de tales inmunidades.

Este régimen de inmunidades, en la medida en que refleja el resultado de los trabajos de la Comisión de Derecho internacional –que a su vez tienden a ser el reflejo de la praxis internacional comúnmente aceptada–, no puede merecer objeción alguna. Ahora bien, no puede soslayarse el conflicto que, con relación a la inmunidad de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y antiguos Ministros de Asuntos Exteriores, se suscita entre los intereses soberanos y nacionales y los de la comunidad internacional y de carácter global, por un lado, y entre el principio de inmunidad, que en el ámbito penal se contempla como plena, y la necesidad de evitar la impunidad por delitos especialmente graves contrarios a normas interna-

cionales de *ius cogens* en el marco de la justicia universal, por otro. En atención a dicho conflicto, se suscita la conveniencia de limitar la inmunidad penal *ratione materiae* –que se concibe plena respecto de los actos realizados durante el mandato en el ejercicio de las funciones oficiales– en aquellos casos de comisión de determinados crímenes internacionales especialmente graves.

En esta línea, ha de plantearse la oportunidad y la necesidad de articular normativamente tal limitación, dejando el paso abierto a la competencia de los tribunales nacionales establecida conforme a la regulación de la justicia universal. Puede resultar insuficiente, a estos efectos, que el prelegislador haya condicionado la inmunidad de los Jefes de Estado y de Gobierno y los Ministros de Asuntos Exteriores, tanto durante su mandato como después, a la falta de reciprocidad –que debe entenderse tanto general como particular– en el Estado extranjero (art. 26): someter el régimen de inmunidades de estas altas personalidades a un sistema de reciprocidad garantiza, ciertamente, una aplicación equilibrada y uniforme de la norma, que actuaría de modo similar al de una norma convencional, pero no asegura que, dándose esa reciprocidad, y siendo procedente reconocer la inmunidad, no se produzca finalmente la impunidad.



El prelegislador abre una vía, empero, que podría tener la virtualidad de limitar el alcance de la inmunidad penal en los casos de crímenes graves de Derecho internacional: y es que la inmunidad penal de los antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de los antiguos Ministros de Asuntos Exteriores se reconoce para actos realizados durante su mandato en el ejercicio de funciones oficiales, “con el alcance que determina el Derecho internacional” (art. 23.1º). Bien es cierto que las resoluciones de la CIJ no ayudan a limitar la inmunidad penal y a buscar su encuentro con la justicia universal, por cuanto ha diferenciado ambos planos y ha sostenido, en esencia, la primacía del principio de inmunidad, aun cuando se trate de crímenes que supongan la violación de normas internacionales de *ius cogens*. Pero no menos cierto es que el prelegislador, dentro de la libertad de configuración de su actividad legislativa, no contempla la inmunidad penal en estos casos de manera absoluta, sino que ha vinculado su alcance al Derecho internacional, de manera que la vulneración de aquellas normas de carácter de *ius cogens* que forman parte del mismo habría de operar como límite de la inmunidad *ratione materiae*, tanto más cuanto su fundamento –el carácter oficial de la actuación– se vería empañado por tal violación de normas internacionales imperativas. Se trataría, por tanto, de completar el significado de esta cláusula de delimitación del alcance de la inmu-

nidad en el sentido indicado, permitiendo de ese modo la entrada en juego de las normas competenciales propias de la justicia universal.

Vigesimonovena.— La inmunidad de jurisdicción y de ejecución que el prelegislador establece respecto de los buques de guerra y los buques y aeronaves del Estado destinados a un servicio público de carácter no comercial se acomoda al régimen de inmunidades establecido en los instrumentos internacionales de referencia, y se ajusta a la práctica internacional. En cualquier caso, el art. 29, a la hora de determinar el alcance de la inmunidad de los buques de guerra y buques del Estado, debería considerar no solo a las aguas interiores, sino también al mar territorial español, tal y como se define en los arts. 2 y siguientes de la Convención de Montego Bay.

Trigésima.— Respecto de la regulación que hace el prelegislador del estatuto de las fuerzas armadas visitantes cabe hacer las siguientes observaciones:

a) La norma proyectada se limita a servir de vehículo para la aplicación del instrumento internacional que regula el estatuto de las fuerzas armadas visitantes, que es el Convenio relativo a las fuerzas de los Estados miembros de la OTAN de 1951. Por tanto, el prelegislador renuncia a establecer un régimen interno de inmunidades, siquiera de aplicación subsidiaria para aquellos Estados que no forman parte de la OTAN y a los que no les será de aplicación dicho Convenio, por virtud del principio de reciprocidad y por no haberse acordado su aplicación *ad hoc*.

b) En lo que a las fuerzas armadas de los Estados pertenecientes a la OTAN se refiere, la referencia al Convenio de 1951 debería venir acompañada de la de los protocolos sobre el estatuto de los cuarteles generales militares internacionales, y de los acuerdos y disposiciones que lo complementan y puedan complementarlo en el futuro.

c) En cuanto a las fuerzas armadas de los Estados no pertenecientes a la OTAN, además de que resultaría conveniente contemplar un régimen subsidiario para los casos en los que no sea aplicable el Convenio de 1951, deberían dejarse a salvo cualesquiera tratados multilaterales o bilaterales —como el Convenio hispano-norteamericano de 1 diciembre 1988 y sus protocolos complementarios— que se hayan suscrito o puedan suscribirse en el futuro con Estados extranjeros, respecto de los cuales el régimen interno que habría de establecerse tendría igualmente carácter subsidiario.

Trigesimoprimera.— El régimen de inmunidad previsto para las organizaciones internacionales asentadas en España se acomoda al que sigue la práctica internacional, configurándose con carácter funcional, y de modo restrictivo cuando se trata de acciones de derecho privado, exigiendo en estos casos el necesario *quid pro quo* que garantice la resolución de la controversia por medios alternativos.

En lo que respecta al personal propio de la organización, el prelegislador ha optado por asimilar su estatuto al del personal de las misiones diplomáticas, en el caso de su máximo representante y de su sustituto (art. 35.1º y 2º), y por reconocer inmunidad de jurisdicción respecto del resto del personal, expertos y personas contratadas para misiones específicas (art. 35.3 y 4). Esta inmunidad de jurisdicción del resto del personal de la organización se concede *ratione materiae*, presentando carácter funcional, pues solo se reconoce respecto de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, y se extiende después de haber cesado en la condición de representante, miembro de personal, experto o contratado de la organización, cuando se trate de actos realizados en el ejercicio de sus funciones durante su permanencia en el cargo de que se trate (art. 35.5º). El esquema diseñado por el prelegislador se acomoda, también aquí, al seguido en la práctica internacional.

Trigesimosegunda.— El régimen de privilegios e inmunidades aplicables a las conferencias y reuniones internacionales se explica —según se indica en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo del Anteproyecto— por la conveniencia de suplir la necesidad de tener que celebrar acuerdos de sede *ad hoc* para poder extender a los participantes en estos encuentros los privilegios e inmunidades habituales. El diseño del prelegislador es, por tanto, configurar un régimen de privilegios e inmunidades interno, de carácter supletorio al establecido en los acuerdos de sede específicos, ante las dificultades que en la práctica representa la celebración de tales acuerdos con tiempo suficiente para que surtan sus efectos durante la celebración de la conferencia o reunión internacional. Desde ese punto de vista, y conforme tal finalidad, la inclusión de este régimen de privilegios e inmunidades en el texto del Anteproyecto no puede merecer sino una favorable acogida.

El régimen que diseña el prelegislador no se limita a establecer las inmunidades de que gozan los representantes, presidentes, jefes y miembros de las delegaciones de los Estados en la conferencia o reunión, sino que tiene un contenido más amplio, configurando un estatuto de las personas y de los bienes afectos al desarrollo de las mismas que alcanza incluso a la exención de derechos de aduana y tasas de

importación del material administrativo y técnico destinado a su celebración, en los casos y condiciones permitidas por la normativa de la Unión Europea (arts. 43.3º y 44.8º). Los privilegios e inmunidades reconocidos por la Ley Orgánica proyectada se extenderán, por lo demás, durante toda la duración de la conferencia o reunión internacional y durante sendos periodos de diez días anteriores y cinco posteriores a su celebración (art. 42). Esta disposición es razonable si se tiene en cuenta que el régimen diseñado en la norma proyectada tiene, en general, un carácter funcional, pues aparece vinculado a la efectividad de la conferencia o reunión internacional y al cumplimiento de sus objetivos y finalidades, en atención a las cuales España consiente la celebración de la conferencia o reunión en su territorio.

Trigesimotercera.— Con relación a la regulación procesal del régimen de inmunidades establecido en el texto proyectado cabe hacer las siguientes observaciones:

a) Coherentemente con su fundamento y su carácter, la inmunidad ha de ser apreciada de oficio por el tribunal (art. 48 del Anteproyecto y art. 6.1º Convención ONU), sin perjuicio de lo cual podrá ser alegada por quien es su titular o beneficiario de ella en cualquier momento del proceso. Este ha de ser el significado del precepto contenido en el art. 49 del Anteproyecto, que dispone que, salvo que se hubiese renunciado tácitamente a la inmunidad de jurisdicción, y sea cual sea el tipo de procedimiento, el Estado extranjero podrá hacerla valer por el cauce de la declinatoria previsto en los arts. 63 ss LEC, sin sujeción a los plazos establecidos en el ap. 1 de su art. 64. En todo caso, debe conectarse la exigencia de caución para evitar la adopción de las medidas cautelares durante la suspensión del procedimiento, prevista en el art. 64.2º LEC, con lo dispuesto en el art. 56.2º del Anteproyecto, que exime al Estado extranjero y a los organismos internacionales de la obligación de prestar caución para garantizar el pago de las costas y de los gastos judiciales de cualquier proceso en el que sea parte. Asimismo, sería conveniente que se especificara la clase de recurso que cabe contra el auto que aprecie la inmunidad.

b) El art. 52 del texto proyectado dispone que, en ausencia de instrumento o acuerdo internacional aplicable, los emplazamientos y notificaciones judiciales que dirijan los órganos jurisdiccionales españoles a los Estados extranjeros y a organizaciones internacionales se trasladarán a estos por vía diplomática y a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. El art. 53, en cambio, limita la forma de llevar a cabo las comunicaciones de los Estados extranjeros y organismos internacionales con los tribunales españoles a la vía diplomática. No existe razón, sin embargo, para que el Estado concernido no acuda a los instrumentos internacionales —Convenios internacionales y Reglamentos de la Unión Europea— que resulten de aplicación en la materia, los cuales ordinariamente establecen mecanismos de cooperación que facilitan la práctica del acto de comunicación y evitan demoras innecesarias. Adviértase que el art. 22 de la Convención ONU posibilita la práctica de la notificación de la demanda en la forma prevista en los convenios internacionales aplicables y en cualquier acuerdo convenido al efecto entre el demandante y el Estado interesado, y solo en defecto de unos y otros establece la vía diplomática. Por tanto, el art. 53 debería dejar a salvo asimismo la existencia de instrumentos o acuerdos internacionales que vengan en aplicación, y articular la vía diplomática solo en ausencia de ellos.

c) El prelegislador ha introducido un trámite, consistente en la comunicación por el tribunal al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, así como al departamento ministerial cuya competencia se vea afectada, de los asuntos de que conozcan en los que se planteen cuestiones de inmunidad, al objeto de que por el Ministerio de Asuntos Exteriores se emita informe no vinculante al respecto (arts. 50 y 54). Estos trámites no se justifican suficientemente, en la medida en que, por una parte, se obliga al tribunal a poner en conocimiento, no solo del Ministerio de Asuntos Exteriores, sino también del departamento ministerial cuya competencia se vea afectada, la existencia del proceso, lo que de seguro provocará la subsiguiente inseguridad, ante la dificultad del tribunal de conocer cuál es el departamento ministerial concernido, habida cuenta de la diversidad de relaciones que pueden verse afectadas con el proceso. Y por otra parte, se impone al tribunal la obligación de recabar en todo caso un informe de la Administración, que parece erigirse en un trámite preceptivo, por más que su resultado no sea vinculante. Además de que no se establecen los efectos de la solicitud de dicho informe en el proceso —por ejemplo, si suspende el curso de las actuaciones, etc.— y las consecuencias de la omisión del trámite, este, tal y como se contempla, no se compadece bien con el ejercicio de la función jurisdiccional que, de forma exclusiva y excluyente, corresponde al tribunal. En consecuencia, este Consejo sugiere la supresión de estos trámites. Cosa distinta es que este pueda necesitar el auxilio de la Administración para que le informe acerca de determinados aspectos con relevancia de cara a adoptar la decisión procedente, como puede ser la existencia o no de reciprocidad entre Estados, o de acuerdos que afecten al régimen de inmunidades. Esta facultad de los tribunales de recabar el auxilio de la Administración, y el correlativo deber de esta de prestarlo, se encuentra, por lo demás, previsto con carácter general en el art. 118 CE. El trámite, por tanto,

de mantenerse, debería concebirse como una facultad del tribunal, articulando entonces el modo en que ha de llevarse a efecto y sus consecuencias en el procedimiento – principalmente si suspende o no su curso, plazo para emitir el informe, etc.–.

Trigesimocuarta.– El prelegislador establece una irretroactividad absoluta que puede entrar en colisión con el art. 9.3º CE, al limitar la posibilidad de invocar el régimen de inmunidades que se establece cuando la inmunidad venga referida a actos o hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, y en la medida en que sea favorable para quien la invoca. En evitación de ello, se sugiere la supresión de la Disposición transitoria del texto proyectado.

2015/5. Informe del Consejo General del Poder Judicial de 25 junio 2015, sobre el Anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

[...]

VI. Conclusiones

Primera.— La Ley proyectada constituye el vehículo de incorporación de la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, la cual tiende a corregir las deficiencias de la Directiva anterior, que habían limitado en gran medida la eficacia del mecanismo de protección de los bienes culturales que establecía, y que hacían patente no solo la necesidad de una norma supranacional que permitiese garantizar debidamente el patrimonio cultural de los Estados, sino también la necesidad de que la misma fuera capaz, introduciendo normas de competencia judicial internacional y normas conflictuales, de garantizar la eficacia de la protección que dispensa.

De ahí la importancia de corregir los defectos que restaban eficacia a la Directiva 93/7/CEE y a la ley nacional que la había transpuesto, fundamentalmente a la hora de definir los bienes protegidos y de establecer el plazo para el ejercicio de la acción de restitución, potenciando, al mismo tiempo, los mecanismos de información y las competencias de las autoridades centrales. Y de ahí también la importancia de la adecuada incorporación al ordenamiento interno de la norma europea, permitiendo que aquellas reglas de competencia y conflictuales que son relevantes para dispensar la protección del patrimonio cultural se hayan trasladado al ordenamiento del foro.

La transposición de la nueva Directiva, que persigue mejorar la eficacia de dicho mecanismo protector, debe, por tanto, ser valorada positivamente, si bien esta transposición no se ha llevado a cabo de forma completa y de manera totalmente adecuada, habiendo dejado el prelegislador sin incorporar preceptos que contienen reglas de singular relevancia para asegurar una mayor protección del patrimonio cultural, y habiendo dejado pasar la oportunidad de extender el ámbito temporal de aplicación del régimen de protección que establece la norma europea, en los términos en que esta autoriza.

Segunda.— La Ley proyectada presenta dos frentes diferenciados: por una parte, persigue establecer las condiciones y el procedimiento de restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio español, y por otra parte, contiene la regulación de la acción de restitución de bienes que hayan salido ilegalmente del territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea y se encuentren en territorio español.

Esta determinación del objeto de la futura Ley es, sin embargo, un tanto imprecisa e incompleta. Alude, en primer término, al procedimiento de restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio español, pero lo cierto es que, como no podía ser de otra forma, no se regula el procedimiento de restitución que ha de seguirse en el Estado extranjero, que deberá estar determinado por la ley del foro. El prelegislador, por tanto, confunde el ámbito de la norma interna con el de la Directiva que quiere transponer: esta se proyecta sobre los ordenamientos de todos los Estados miembros, en la medida en que contempla la restitución de los bienes culturales entre los diferentes Estados de la Unión, en tanto que la norma española lo hace atendiendo a la situación interna, y por tanto, contiene exclusivamente las reglas procedimentales a través de las cuales se ha de operar la restitución de los bienes situados en España provenientes de otros Estados de la Unión Europea. La norma proyectada contiene, en efecto, ciertas condiciones para el ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles, como las relativas a la legitimación del Estado Español y a los plazos de prescripción; pero no contiene en rigor normas de

procedimiento para el ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales extranjeros. Debería, por tanto, corregirse la redacción del precepto, para referir la regulación del procedimiento exclusivamente a la acción de restitución ejercida ante los tribunales nacionales.

Por otra parte, las condiciones de la restitución de bienes culturales que hayan salido ilegalmente del territorio español se fijan respecto de aquellos que se encuentren en el territorio de otro Estado de la Unión Europea. Aunque este presupuesto de aplicación espacial se encuentra implícito en el título y en el contenido de la norma, sería aconsejable que se expresase en el precepto, añadiendo a la frase que comprende su primer inciso la expresión “y que se encuentren en el territorio de otro Estado de la Unión Europea”, clarificando de este modo el ámbito material y espacial de aplicación de la futura Ley.

Tercera.— Con la misma finalidad de clarificar la determinación del objeto de la Ley debería tenerse en cuenta que esta contiene disposiciones destinadas a establecer las funciones de la autoridad central designada por el prelegislador en el desarrollo de la actividad protectora del patrimonio cultural. Estas funciones se resumen en la cooperación y en el fomento de la concertación entre las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros (art. 3.2º), específicamente a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI) (art. 4). Estas genéricas funciones se concretan (art. 3.2º) en la de localizar, a petición de un Estado miembro, un bien cultural determinado que haya salido de forma ilegal de dicho Estado miembro, así como en la identificación del poseedor y/o tenedor del mismo; en la notificación del hallazgo al Estado miembro interesado, en caso de descubrir bienes culturales en su propio territorio y de existir motivos razonables para suponer que dichos bienes han salido de forma ilegal del territorio de otro Estado miembro; en requerir del Estado requirente la acreditación del carácter cultural del bien en cuestión; en adoptar, en cooperación con el Estado miembro interesado, las medidas necesarias para la conservación del bien cultural; en evitar, con las medidas precautorias que sean necesarias, la elusión del procedimiento de restitución; y, en fin, en intermediar entre el poseedor o el tenedor del bien y el Estado requirente, así como facilitar la aplicación de un procedimiento de arbitraje.



Este específico contenido de la norma, que viene impuesto por la Directiva objeto de transposición, debería tener reflejo en la determinación de su objeto, tanto más cuanto esta específica regulación de las competencias de las autoridades centrales, conectadas con el instrumento del IMI, se presenta en la norma europea como uno de los mecanismos que habrán de tener la virtualidad de superar la relativa ineficacia de la Directiva 93/7/CE.

Cuarta.— La definición de “bien cultural” se construye sobre dos condiciones, una de las cuales presenta carácter imperativo. Esta consiste en que el bien esté clasificado, antes o después de haber salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, como “patrimonio histórico, artístico o cultural” con arreglo a la legislación estatal o regional o a procedimientos administrativos naciona-

les en el marco del art. 36 TFUE. El art. 2 del Anteproyecto, como el art. 2. 1) de la Directiva, pretenden salvar la competencia de los Estados miembros para definir sus patrimonios culturales, en coherencia con lo dispuesto en el art. 36 TFUE, con el que aparecen vinculados. La norma autoriza a conferir eficacia retroactiva a la clasificación –cuando tiene lugar con posterioridad a la salida–, mas no por ello cabe considerar que, una vez recaída, la salida devendría ilícita, pues sería tanto como conferir eficacia retroactiva a la ilicitud, lo que pugna con el principio general de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos. Por consiguiente, la ilicitud debe existir en el momento de la salida del bien, y debe persistir en el momento de interponerse la demanda, pues de no ser así faltaría uno de los presupuestos de la acción de restitución. De ahí que el art. 8.2º de la Directiva disponga que la acción de restitución no será admisible si la salida del bien del territorio del Estado miembro requirente ya no es ilegal en el momento de la presentación de la demanda; y de ahí también que el art. 9.1–b) del texto proyectado, en consonancia con la Directiva, establezca como requisito de admisibilidad de la demanda la presentación junto con esta de una declaración de las autoridades competentes del Estado requirente de que el bien cultural ha salido de su territorio de forma ilegal y que persiste esta circunstancia en el momento de presentarse la demanda, en el entendido de que, de no acompañarse ese documento, el Juez, de oficio, y sin audiencia de partes, dictará auto de inadmisión de la demanda. Convendría, por tanto, que el prelegislador contemplara expresamente el carácter irretroactivo de la ilegalidad en aquellos casos en los que la calificación del bien cultural es posterior a la salida del mismo del territorio del Estado miembro.

Quinta.– El art. 2 del texto proyectado se refiere a la calificación del bien como “patrimonio histórico, artístico o cultural” con arreglo a la legislación estatal o regional o a procedimientos administrativos nacionales. El art. 2.1º de la Directiva alude a la clasificación del bien como “patrimonio histórico, artístico o cultural”. Cabría sugerir al prelegislador que la definición contenida en el ordinal primero de la letra a) del art. 2 del Anteproyecto se ajuste a la literalidad del art. 2.1º de la Directiva, tanto más cuanto la mayor amplitud de la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico español se encuentra en el ordinal segundo de la misma letra de ese art. 2, donde se recogen las diversas alternativas con arreglo a las cuales se define el concepto de “bien cultural”.

Sexta.– El prelegislador ha optado por conferir, en uso de la autorización que otorga la norma europea objeto de transposición, una amplitud más que notoria a la protección de los bienes culturales que dispensa, por cuanto en ella se incluye cualquier bien que tenga valor artístico, histórico o antropológico, sin necesidad de declaración explícita, lo que, sin embargo, puede producir un cierto grado de inseguridad jurídica, pues el interés o valor histórico o artístico, desconectado de otros elementos caracterizadores del patrimonio cultural español, adquiere una marcada connotación subjetiva que pugna con el indicado principio de seguridad jurídica. Sería más aconsejable, por tanto, que se produjera la señalada conexión, bien con la declaración de interés cultural, bien con la inclusión en el Inventario General, bien, en fin, con cualquier otro elemento de carácter objetivo capaz de definir el valor cultural del bien para evitar incurrir en valoraciones subjetivas difíciles de coherencia con la seguridad jurídica.

Séptima.– La enumeración de las alternativas que contiene el art. 2.a).2º puede resultar redundante, pues la inclusión en inventarios de las instituciones eclesíásticas se contempla en el art. 28 de la LPHE.

Por otra parte, la alternativa consistente en la inclusión del bien en el anexo del Reglamento (CE) nº 116/2009 quiere ser coherente con el concepto de “salida ilegal” definido en la letra c) de este art. 2, que recoge la definición del art. 2.2º de la Directiva, conforme al cual se entenderá producida cuando haya tenido lugar con infracción de la legislación de un Estado miembro en materia de protección del patrimonio nacional, entendido este como el constituido por sus bienes culturales protegidos de titularidad pública o privada, o infringiendo las disposiciones del Reglamento (CE) nº 116/2009. Este cataloga los bienes en función de su antigüedad, su naturaleza y su valor económico, y presenta los mismos problemas de aplicación que ya presentaba su predecesor, el Reglamento (CEE) 3911/92, por la indeterminación del órgano encargado de establecer la antigüedad del bien y de fijar su valor económico. Desde la doctrina se ha puesto en duda la idoneidad de los criterios de antigüedad y de valor económico para restringir el ámbito de la restitución cuando la salida ilegal se deba a un delito de robo y no a una mera infracción de condiciones de autorización o similares. Debe tenerse en cuenta que las Convenciones del Consejo de Europa y de la UNESCO prescinden del requisito del valor económico, por lo que cabe sugerir al prelegislador que haga lo propio, al menos en los casos en los que la salida del bien cultural es subsiguiente a la comisión de un delito de robo.

Octava.– La Directiva y la ley proyectada contienen un concepto autónomo de colecciones públicas a los efectos de la protección que dispensan sus normas. Con arreglo a ellas, bastaría con que se dieran las condiciones de pertenencia –titularidad del Estado miembro, de una autoridad local o regional del mismo

o de una institución u organismo propiedad del Estado o de una autoridad local o regional, o que esté financiada de forma significativa por cualquiera de ellos (o que tenga carácter público conforme a sus normas fundacionales, según el art. 2.b del Anteproyecto)— y, ora la clasificación como pública con arreglo a la legislación de un Estado miembro —en la Directiva—, ora su inclusión en los inventarios de los muros, archivos y fondos de conservación de bibliotecas. Se mantiene, empero, la duda sobre si basta la concurrencia de tales atributos —el elemento subjetivo de pertenencia y que figure en uno de los citados inventarios— o es necesario que la colección reúna aquellos que han servido a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para definir el concepto. Por lo demás, debe advertirse que la Directiva ha prescindido del elemento de su inclusión en inventarios para exigir, en cambio, el requisito de la clasificación como públicas con arreglo a la legislación del Estado miembro, si bien este carácter público de la colección se debe entender implícito en su inclusión en tales inventarios, cuando estos son de titularidad pública.



Novena.— El concepto de exportación ilegal se contiene en el art. 2.2º de la Directiva y en el art. 2.c) del texto proyectado, que reproduce el tenor de aquel, si bien precisando qué debe entenderse por patrimonio nacional a efectos de dicha disposición. El elemento esencial de la protección se encuentra en el carácter ilegal de la exportación del bien cultural, que se produce solo cuando tiene lugar con infracción de su legislación en materia de protección del patrimonio nacional o de las disposiciones del Reglamento (CE) nº 116/2009. Por consiguiente, una salida ilícita fundada exclusivamente en razones fiscales o formales ajenas al carácter cultural del bien no ampararía la acción de restitución. Por el contrario, sí quedarían incluidos en el concepto los supuestos de comisión de ilícitos penales, como el robo o el hurto, y también los de apropiación indebida, pues en el concepto de exportación ilegal se incluyen los casos en los que el bien no ha sido devuelto al término de una salida temporal realizada legalmente, o en los que se haya infringido cualquier otra condición de dicha salida temporal (arts. 2.2º.b de la Directiva, y 2.c.2º del Anteproyecto).

Décima.— Íntimamente relacionado con el requisito de la exportación ilegal se encuentra el problema que suscita la exportación de bienes culturales a través de los Estados de tránsito. Se plantea la duda acerca de si la protección diseñada por el legislador europeo, y que incorpora el prelegislador patrio, comprende los casos en los que la salida ilícita se ha producido a un tercer país para después entrar en el territorio del Estado miembro al que se solicita la restitución. En esos casos, el bien no ha sido exportado ilícitamente del Estado miembro de origen, y si viene acompañado de un certificado de exportación de las autoridades del tercer Estado cabría la posibilidad de proteger al tercer adquirente de buena fe, en su condición de tal. Además, estos supuestos frecuentemente crean dificultades para determinar el carácter ilegal

de la exportación –si el bien fue o no sustraído y dónde– y originan dudas acerca de cuándo se produjo la exportación ilegal. Si se atiende al tenor del art. 2.2º de la Directiva y su homólogo del Anteproyecto se advierte que la protección se dispensa atendiendo a la salida de forma ilegal de un Estado miembro para llegar al territorio de otro Estado miembro, independientemente de cuál haya sido el iter seguido. Esta conclusión se reafirma por el hecho de que el concepto de salida ilegal comprende los casos en que se hubiera exportado el bien con infracción del Reglamento (CE) nº 116/2009, relativo a exportación a terceros países de bienes culturales, lo que refuerza la idea expuesta. Con todo, sería aconsejable que el prelegislador contemplara de forma expresa esta situación, del mismo modo que en el informe del grupo de expertos de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) sobre la protección contra el tráfico de bienes culturales, de 28 octubre 2009, se contiene la misma recomendación respecto del Tratado modelo para la prevención de los delitos que atentan contra la herencia cultural de los pueblos, aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en 1990, y acogido por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas nº 45/121, de 14 diciembre 1990.

Decimoprimer.– El prelegislador, al definir en el art. 2 del texto proyectado los conceptos que vertebran el régimen de protección que establece la norma, recoge el concepto autónomo de poseedor y de tenedor del bien cultural ilícitamente exportado (art. 2.6º y 7º de la Directiva). La recepción del concepto autónomo definido por el legislador europeo conlleva extender la protección frente al mero detentador del bien, en un sentido próximo al de la institución de la “*Gewere*” germánica –prescindiendo de la apariencia de titularidad propia de esta institución–, en donde no tiene relevancia el *animus*. Se trata, en todo caso, de la recepción de un concepto amplio de poseedor que incluye al tenedor o detentador, y que, por tanto, excede del concepto de poseedor civil o en sentido propio, tal y como se entiende en los Derechos de tradición romana, para aproximarse a concepciones más modernas de la posesión, que toman elementos de los Derechos de base germánica. En la medida en que se tiende a establecer un marco común de protección de bienes culturales, es adecuada la transposición que el prelegislador hace de la norma europea, ciñéndose a las definiciones contenidas en la Directiva, y huyendo de la tentación de acomodar los conceptos a las categorías conceptuales propias del Derecho español.

Decimosegunda.– Entre las facultades de la autoridad central, el prelegislador incluye, en la letra c) del apartado segundo del art. 3, la siguiente: “Requerir la acreditación de salida ilegal por parte de las autoridades competentes del Estado miembro requirente, de que el bien en cuestión es un bien cultural a condición de que la verificación se efectúe en los seis meses siguientes a la notificación prevista en el ap. b). En caso de que no se efectúe dicha acreditación en el plazo estipulado, no serán de aplicación los apartados d) y e)”. Estos apartados se refieren, respectivamente, a la adopción, en cooperación con el Estado miembro interesado, de las medidas necesarias para la conservación material del bien cultural, y a evitar, con las medidas de precaución que sean necesarias, que se eluda el procedimiento de restitución. La redacción del ap. de la letra c) de este precepto se presenta, sin embargo, oscura, e induce a error acerca del objeto de la acreditación. Parece más aconsejable reproducir, con las debidas concordancias a la hora de realizar la remisión a otros apartados del precepto, el tenor del apartado tercero del art. 5 de la Directiva, que reza: “facilitar la verificación, por parte de las autoridades competentes del Estado miembro requirente, de que el bien en cuestión es un bien cultural, a condición de que la verificación se efectúe en los seis meses siguientes a la notificación prevista en el punto 2. En caso de que no se efectúe dicha verificación en el plazo estipulado, no serán de aplicación los puntos 4 y 5”.

Por otra parte, en la letra f) del apartado segundo del art. 3 se atribuyen a la autoridad central facultades mediadoras en materia de restitución entre el poseedor o el tenedor del bien y el Estado miembro requirente, incluyendo la facultad de facilitar la aplicación de un procedimiento de arbitraje, con la condición de que el Estado miembro requirente y el poseedor o el tenedor den formalmente su conformidad. El precepto se ajusta a lo dispuesto en el apartado sexto del art. 5 de la Directiva, si bien en este se determina cuál habrá de ser la ley aplicable al arbitraje (la del Estado requerido), concreción de la ley aplicable que debería recogerse asimismo en la norma proyectada. Y el prelegislador debería considerar la posibilidad de ampliar las facultades de la autoridad central incluyendo la del favorecimiento de medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación, en los términos sugeridos por el grupo de expertos de la UNODC en su informe de 28 octubre 2009.

Decimotercera.– El art. 4 del Anteproyecto debería indicar explícitamente que la divulgación de la información por la autoridad central debe llevarse a cabo en el marco del IMI, con sujeción a las normas de tratamiento de datos de carácter personal y seguridad contenidas en el Capítulo III del Reglamento (UE)

nº 1024/2012, de 25 octubre 2012, y en todo caso con las garantías que establece la LO 5/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.



Decimocuarta.– Tras la aplicación del Reglamento (UE) nº 1215/2012 – a partir del día 10 enero 2015–, y teniendo en cuenta que es aplicable a las acciones ejercitadas con posterioridad a dicha fecha (art. 66.1º del Reglamento), la norma de competencia judicial internacional que contiene el art. 5 del texto proyectado –conforme a la regla *forum rei sitae* carece de virtualidad práctica más allá de los casos en los que el demandado no esté domiciliado en un Estado de la Unión, conformando en tales casos la norma de competencia judicial interna aplicable a la materia, en defecto de norma supranacional aplicable.

Decimoquinta.– El art. 5 se ha limitado a establecer una regla de competencia judicial internacional sin descender a fijar una regla de competencia territorial, que habrá de determinarse mediante la aplicación de las reglas generales contenidas en los arts. 50 ss LEC. Esta falta de determinación de la competencia territorial en la Ley proyectada y la remisión a las reglas generales de la LEC, puede dar lugar, tratándose de la acción de restitución de bienes muebles culturales, a un vacío normativo en aquellos casos en los que el demandado no se encuentra domiciliado ni reside en el territorio español, y no concurre alguno de los puntos de conexión establecidos en el art. 50 LEC, ni es de aplicación ninguno de los fueros especiales del art. 52. Para evitar esta situación de anomia sería aconsejable que en el art. 5 del texto proyectado se incluyera como un fuero subsidiario a los generales establecidos en el art. 50 LEC la regla de competencia territorial conforme al criterio *forum rei sitae*, haciendo coincidir la norma de competencia internacional y la norma de competencia territorial.

Por otra parte, el precepto atribuye la competencia para conocer de la acción de restitución a los órganos de la jurisdicción civil. Esta atribución competencial se encuentra justificada, en último término, por el carácter residual que el art. 9.2º LOPJ atribuye a este orden jurisdiccional.

Decimosexta.– El proceso derivado del ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles se tramitará conforme a lo establecido en la LEC para los juicios verbales, con las especialidades que se contiene en la propia Ley proyectada (art. 6). Este tipo de procedimiento es el más idóneo para sustanciar acciones de naturaleza sumaria, incluso aunque en el futuro el legislador establezca el trámite de contestación a la demanda por escrito con carácter general, pues se prescinde del trámite de la audiencia previa, y se concentran en el acto de la vista todas las cuestiones, tanto de naturaleza procesal como de fondo o de carácter material. Es cierto que el proceso de restitución de bienes culturales no posee un ca-

rácter sumario en toda su dimensión, pues solo cabe predicar tal carácter de la tutela posesoria estrictamente —es decir, de la pretensión de restitución del bien—, siendo así que el objeto del proceso se integra además con el derecho a la indemnización que eventualmente puede ser reconocido al poseedor del bien. Con todo, los cauces del juicio verbal son los más adecuados para otorgar la tutela rápida y eficaz que se persigue, aun cuando los presupuestos para el éxito de la tutela posesoria requieran un mayor esfuerzo probatorio del que aparentemente se exige al promotor de la acción.



Decimoséptima.— Es preciso destacar el limitado objeto del proceso, circunscrito a la restitución del bien al Estado requirente y a la eventual indemnización al poseedor de buena fe, y la subsiguiente limitación del objeto de la prueba, lo que se deduce de la cláusula de salvaguarda que se contiene en el art. 16 de la Directiva —precepto que el prelegislador no ha trasladado al texto proyectado—, que deja a salvo las acciones civiles y penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado requirente y/o el propietario del bien cultural robado. Es importante que se lleve al ordenamiento interno y se deje claro el limitado objeto del proceso que tiende a proteger los bienes culturales ilícitamente exportados, en evitación, tanto de que se amplíe con cuestiones relativas a la propiedad del bien, que deberán ser resueltas con la aplicación de la legislación —material— del Estado requirente, como que se impida el futuro ejercicio de acciones sobre la propiedad del bien, o el reconocimiento en el Estado extranjero de la sentencia que se dicte por los tribunales del foro, mediante la eventual invocación de la litispendencia o de la excepción de cosa juzgada.

Decimoctava.— La atribución de la competencia para conocer del proceso de restitución al orden jurisdiccional civil comporta la aplicación del conjunto de las normas procesales contenidas en la LEC, en todo lo no expresamente previsto en el texto proyectado, y no solo las referidas específicamente al juicio verbal. Por ello, sería preferible que el art. 6 tuviera una redacción similar a la siguiente: “Los procesos derivados del ejercicio de la acción de restitución ante los tribunales españoles se regirán por lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en todo lo no previsto en la presente Ley, y se tramitarán por las reglas establecidas para los juicios verbales, con las especialidades que se contienen en los artículos siguientes”.

Decimonovena.— El Apartado cuarto del art. 7 —dentro, por tanto, del precepto que se refiere a la legitimación— dispone que la autoridad central española informará sin demora a la autoridad central competente del Estado miembro requerido acerca de la presentación de la demanda para la restitución del objeto en cuestión. Este precepto reproduce parcialmente el contenido del art. 7 de la Directiva. Sería aconsejable, con todo, que esta disposición se llevase al art. 9, que se refiere a la admisión a la demanda, añadiendo al mismo un Apartado cuarto con el mismo contenido que el del Apartado cuarto del art. 7, si bien con

la precisión de que la información se facilitará a través del IMI de acuerdo con las disposiciones legislativas aplicables a la protección de los datos personales y de la vida privada, sin perjuicio de la posibilidad de utilizar otros medios de comunicación además del IMI, y siempre con la observancia de tales disposiciones protectoras de los datos personales.

Por otra parte, se ha de incidir en la conveniencia de prescindir de la expresión “Estado español”, de resonancias históricas pasadas, para emplear, cuando se pueda, solamente el sustantivo “Estado”, suficiente para designar a España frente a otros Estados miembros de la Unión Europea –como, por ejemplo, al establecer la legitimación–, o el calificativo “español/a”, por ejemplo, cuando se hace alusión a la autoridad central.



Vigésima.— Debería darse una mejor redacción al apartado tercero del art. 8, que contempla la excepción al plazo máximo de prescripción extendiéndolo a 75 años para determinados bienes en términos análogos a los del art. 8.1º, tercer párrafo, de la Directiva, el cual, sin embargo, no se transpone adecuadamente. La norma europea prevé una excepción al plazo de treinta años en el que, en todo caso, ha de prescribir la acción de restitución, cuando esta afecte a bienes pertenecientes a colecciones públicas y a bienes incluidos en los inventarios de instituciones eclesiásticas o de otras instituciones religiosas en aquellos Estados miembros donde tales bienes estén sometidos a un régimen especial de protección según la ley nacional; y la excepción tiene a su vez otra, en los casos en que, bien la acción sea imprescriptible conforme a la legislación del Estado miembro, bien se haya establecido un plazo mayor por virtud de acuerdo bilateral entre los Estados concernidos. La norma española debe establecer la excepción al plazo máximo de prescripción desde la perspectiva interna, en la medida en que incorpora una norma referida a la prescripción de las acciones ejercitadas ante los tribunales españoles, pero atendiendo al régimen de especial protección otorgado por la legislación del Estado de donde procede el bien que se trata de proteger; y debe prever también la excepción a la anterior excepción, que conduce a la imprescriptibilidad cuando así se haya establecido legalmente, o al mayor plazo de prescripción convenido en el marco de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros concernidos. Debe tenerse en cuenta, además, que la imprescriptibilidad se predica del plazo para el ejercicio de la acción de restitución, y no respecto del plazo para adquirir la propiedad del bien en cuestión –no respecto del bien en sí mismo, en suma–.

Vigesimoprimer.— Debe cuestionarse que la norma proyectada que se examina amplíe el alcance de la excepción a los bienes arqueológicos y bienes parte de un inmueble que sea de interés cultural, cuando se trata de establecer el plazo de ejercicio de la acción de restitución de bienes que han salido ilegalmente de otro Estado miembro y se encuentran en España, y cuando esta ampliación no se contempla en la Directiva. En consecuencia, la redacción que se propone de dicho apartado podría ser similar a la siguiente: “No obstante lo dispuesto en el ap. anterior, la acción de restitución de bienes pertenecientes a colecciones públicas y de bienes incluidos en los inventarios de instituciones eclesiásticas o de otras instituciones religiosas que estén sometidos a un régimen especial de protección por la legislación del Estado requieren-

te prescribirá en un plazo de setenta y cinco años, excepto que en el marco de acuerdos bilaterales con el Estado miembro se hubiera establecido un plazo mayor”.

Vigesimosegunda.— La norma proyectada reproduce el contenido del art. 6 de la Directiva, y añade la exigencia de las indicadas menciones en los casos de expediciones temporales de bienes exportados legalmente. A la hora de incorporar la norma europea, el prelegislador, sin embargo, debería precisar las características y autoría del documento que describe el bien reclamado y de dónde ha de proceder la certificación de su carácter cultural.

Vigesimotercera.— El apartado tercero del art. 9 establece la consecuencia de la no presentación junto con la demanda de los documentos y declaraciones exigidas, que no es otra que la inadmisión de plano, de oficio y sin audiencia de parte, de la demanda. La consecuencia de la inadmisión *a limine litis* de la demanda por falta de presentación con ella de documentos esenciales es coherente con lo dispuesto en el art. 269.2º, en relación con el art. 266.2º, ambos de la LEC. Este radical efecto, en cualquier caso, debe ser respetuoso con la facultad de subsanar cualquier defecto de carácter procesal en que se hubiera podido incurrir en los términos previstos en el art. 231 LEC.

Vigesimocuarta.— El hecho de que se exija la presentación con la demanda de los indicados documentos no debe llevar a la conclusión de que tales documentos hacen plena prueba de los hechos a los que se refieren, y que, por lo tanto, tales hechos están exentos de mayor acreditación. El art. 10 del Anteproyecto, que reproduce el contenido del art. 9 de la Directiva, sugiere lo contrario, al exigir la prueba de que se trata de un bien cultural protegido y de que su salida del territorio del Estado requirente ha sido ilegal. Un elemento útil para lograr la prueba de tales hechos, cuya carga recae sobre el Estado demandante por aplicación de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, han de ser, desde luego, las certificaciones y declaraciones que han de acompañar a la demanda, que habrán de ser valoradas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 319 y 325 LEC, en relación con su art. 323, en su caso. Esta necesidad de prueba, fundamentalmente del carácter ilegal de la salida del bien, puede comprometer la agilidad del mecanismo de restitución, inconveniente que, sin embargo, es posible superar a fuerza de dotar de valor presuntivo, con carácter *iuris tantum*, al contenido de la certificación y de la declaración emitida por las autoridades competentes del estado requirente, desplazando hacia el demandado la carga de acreditar que la salida del bien se ha producido legalmente. En todo caso, el pronunciamiento favorable a la restitución del bien exige que se den los demás presupuestos necesarios para acoger la pretensión deducida, específicamente los relativos al plazo para el ejercicio de la acción y el requisito temporal a que se refiere el art. 14 de la Directiva, y la Disposición adicional segunda del Anteproyecto de Ley. Sería aconsejable, por tanto, que en el apartado primero del art. 10 del texto proyectado se condicionara también el pronunciamiento por el que se ordene la restitución a la concurrencia de los demás requisitos y presupuestos exigidos por la Ley.

Vigesimoquinta.— Una de las misiones de la autoridad central consiste en evitar, con las medidas de precaución que sean necesarias, que se eluda el procedimiento de restitución. Este cometido puede desarrollarse, desde luego, en la esfera administrativa, llevando un control aduanero del bien cultural que ha de ser objeto de restitución. No obstante, este control puede resultar insuficiente, y puede ser necesario impetrar el auxilio judicial para obtener la tutela cautelar encaminada a garantizar la eficacia de la restitución del bien cultural ilícitamente exportado. Esta acción cautelar debe realizarse a través de la cooperación con la autoridad central del Estado requirente a fin de que éste, como único legitimado en el ejercicio de la acción de restitución, pueda solicitar del tribunal español competente la adopción de medidas cautelares con carácter previo a la presentación de la demanda o de forma coetánea al presentar esta. La ley proyectada no contiene previsión expresa alguna sobre la tutela cautelar para asegurar la eficacia de la resolución por la que se ordene la restitución del bien cultural. Es preciso que, a la hora de precisar cuál es el marco normativo procesal aplicable a la acción de restitución que regula la Ley proyectada, se haga en esta una remisión en bloque a la LEC, y no únicamente a las normas que regulan el juicio verbal. De este modo sería posible acudir, sin asomo de duda, a las disposiciones contenidas en los arts. 721 ss LEC y solicitar de conformidad con ellas las medidas cautelares previas o coetáneas a la presentación de la demanda que se considere adecuadas, bien sea alguna o varias de las reseñadas en el art. 727 — particularmente las que figuran bajo los ordinales 3º, 7º o 9º—, bien cualquier otra que resulte necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, en el bien entendido de que el art. 727 LEC no contiene un catálogo cerrado de medidas cautelares.

Vigesimosexta.— La sentencia que, estimando la demanda, ordene la restitución del bien cultural fijará al mismo tiempo una indemnización equitativa al poseedor que pruebe que ha actuado con la diligencia

debida, para lo cual se tendrán en cuenta todas las circunstancias de la adquisición, en particular las detalladas en el apartado tercero del art. 10 del texto proyectado, que reproduce literalmente el apartado segundo del art. 10 de la Directiva. El prelegislador ha añadido el requisito de que el poseedor del bien sea un adquirente a título oneroso, lo que no se exige en la Directiva. Lo habitual será que el poseedor aparezca como un comprador del bien cultural, y de hecho entre las circunstancias que el tribunal ha de tener en cuenta para determinar si ha actuado con la diligencia debida se encuentra la del precio pagado por el bien. No obstante, el poseedor ha podido adquirir el bien por otro título, lo que no empece a que se le reconozca el derecho a ser igualmente indemnizado por la privación del bien: así se explica que en el Apartado cuarto del art. 10 –y en el apartado tercero del art. 10 de la Directiva– se disponga que en el caso de donación o sucesión el poseedor no podrá disfrutar de un régimen más favorable que el que haya tenido la persona de quien haya adquirido el bien en dicho concepto. Por tanto, lo adecuado sería prescindir del requisito de la adquisición a título oneroso para proteger a todo poseedor de buena fe.



Vigesimoséptima.– El art. 13 de la Directiva, como también lo hacía el art. 12 de la Directiva 93/7/CEE, dispone que la propiedad del bien cultural tras su restitución se registrará por la legislación interna del Estado miembro requirente. La Ley proyectada no ha transpuesto dicha disposición, como tampoco lo hizo la vigente Ley 36/1994. El legislador europeo ha establecido una auténtica norma de conflicto en favor de la *Lex originis* –la ley del Estado de origen del bien–, lo que supone abandonar la regla tradicional de la ley del lugar donde esté situado el bien, por la escasa protección que otorga esta regla a los patrimonios culturales. De este modo, los tribunales de cualquier Estado de la Unión Europea aplicarán las normas de intervención españolas para determinar la propiedad de un bien cultural español.

Esta falta de transposición, que hace entrar en juego las normas de conflicto internas resolviendo el conflicto móvil en favor del momento de la adquisición del bien por el tercero, como momento jurídicamente relevante, no se encuentra justificada, y vulnera el principio de cooperación en la protección de los patrimonios históricos de los Estados miembros de la Unión Europea. Aunque ante esta falta de transposición cabría defender, un tanto forzosamente, la aplicación directa del art. 13 de la Directiva, y por tanto de la legislación interna del Estado de origen del bien para determinar la propiedad del bien cultural ilícitamente exportado que ha sido restituido a su Estado de origen, lo adecuado es, no obstante, incorporar la norma de conflicto al ordenamiento interno, en evitación de las dudas que pudieran darse sobre la aplicabilidad directa de una Directiva en un proceso sobre la propiedad de un bien. En modo alguno puede reputarse obvia la regla que contiene la norma europea, y por ello, considerar innecesaria su incorporación al ordenamiento interno, cuando el legislador de la Unión quiere establecer una norma de conflicto homogénea para todos los Estados de la Unión Europea con la mira puesta en asegurar la mayor protección de los patrimonios culturales nacionales, que se ha de imponer, por tanto, a la que la mayoría de los ordenamientos internos establecen para determinar la ley material aplicable a la propiedad de los bienes.

Vigesimoctava.– El prelegislador ha prescindido de la facultad que se otorga en el art. 15.2º de la Directiva, que permite aplicar su régimen a las solicitudes de restitución de bienes culturales que hubiesen

salido ilegalmente de un Estado miembro con anterioridad al 1 enero 1993. La vigente Ley 36/1994 también prescindió de la misma facultad que concedía la Directiva 93/7/CEE. Aunque, ciertamente, hasta el 1 enero 1993 se mantuvo el control aduanero, cabría suscitar la conveniencia de ampliar la protección de los bienes culturales españoles ilícitamente exportados con anterioridad a dicha fecha que hubieran eludido los controles aduaneros, haciendo uso, por tanto, de la facultad que ofrece la norma europea objeto de transposición.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



2015/7. Informe del Consejo Fiscal de 27 mayo 2015, sobre anteproyecto de lo sobre inmunidades de los estados extranjeros y de las organizaciones internacionales con sede y oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a conferencias y reuniones internacionales celebradas en España

[...]

2. Contenido del anteproyecto y observaciones

El Anteproyecto de LOIEEYOI contiene una extensa Exposición de Motivos, dividida en tres apartados, seguida del texto articulado compuesto por un Título Preliminar y ocho Títulos, que contienen 56 artículos, a los que siguen una disposición adicional, una disposición transitoria, una derogatoria y tres disposiciones finales.

2.1 Justificación del Anteproyecto

La oportunidad de la propuesta legislativa se encuentra justificada en la Exposición de Motivos en base a la ausencia de un instrumento normativo que regule en España la inmunidad de los Estados extranjeros de las Organizaciones Internacionales con sede en nuestro país o de las Conferencias y Reunión internacionales que aquí se celebran, así como de los privilegios correspondientes a estos últimos encuentros.

Este Consejo Fiscal comparte el criterio de que la ausencia de una regulación específica sobre la materia en España, que no se ve del todo suplida por el Derecho internacional, produce disfunciones en el ámbito judicial, toda vez que los órganos jurisdiccionales carecen de textos de referencia que establezcan el alcance de las inmunidades en los ámbitos señalados; y también produce contrariedades en las relacio-

nes internacionales, derivadas del desconcierto normativo en el que éstas se ubican, que no se compadece con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica.

Por ello, si bien se estima necesaria la regulación proyectada, este Consejo Fiscal también considera deseable que, en virtud de las peculiaridades de una normativa sobre inmunidades y privilegios en un Estado de Derecho, tanto en la Exposición de Motivos como en el texto articulado, quede nítidamente expresado el fundamento y alcance de dichas inmunidades y privilegios.

En este sentido, el Consejo Fiscal propone ampliar la Exposición de Motivos de forma que exprese que en el Derecho internacional público, en virtud de la inmunidad de jurisdicción de los Estados, un Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los Tribunales de otros Estados, prerrogativa que obedeciendo al principio de igualdad soberana, ninguno podrá juzgar a otro (*par in parem non habet imperium* o *par in parem non habet jurisdictionem*), ha evolucionado hacia un sistema de protección completo de las manifestaciones de los Estados en el exterior.

Igualmente se estima que debería hacerse una breve indicación explicativa de la particularmente delicada cuestión de los límites de las inmunidades, con una breve referencia a la superación de que la vieja doctrina absoluta de las inmunidades –los actos de un Estado (*iure imperii*) no pueden ser sometidos a juicio por otro– dando paso a otra más restrictiva que pretende hacer compatible la existencia de las inmunidades con las exigencias elementales de tutela judicial efectiva derivadas del principio de Estado de Derecho, haciendo posible que los actos comerciales o de gestión de los Estados (*iure gestionis*) puedan ser sometidos a juicio por el Estado con jurisdicción territorial.

Conviene significar que el término jurisdicción cuando se relaciona con las inmunidades, se refiere a todos los aspectos del ejercicio del poder judicial territorial, incluido el poder hacer cumplir el fallo dictado y ejecutarlo, es decir la ejecución. Esta consideración tiene interés en cuanto ambas inmunidades –enjuiciamiento y ejecución– son diferenciables y, sobre todo, porque en su aplicación práctica ofrecen un tratamiento jurídico distinto.

La Exposición de Motivos también debería contener una breve referencia al fundamento de las inmunidades y privilegios de los asistentes a conferencia o reuniones internacionales y a su limitación en relación con actos referidos a la conferencia o reunión internacional, estando excluidas las acciones de naturaleza penal o civil derivadas de actos ajenos a la conferencia o reunión.

2.2 Ámbito de aplicación del Anteproyecto

El Título Preliminar (arts. 1 a 3) establece el ámbito de aplicación de la Ley, regulando su objeto y definiendo los conceptos que se manejan a lo largo del texto normativo.

Estima este Consejo Fiscal que en el art. 2 debería introducirse una definición de inmunidad de jurisdicción y de inmunidad de ejecución, en términos similares a los anteriormente expresados.

Es de significar que aunque el Anteproyecto contiene dos Capítulos referidos a dichas inmunidades: “inmunidad de jurisdicción” (arts. 5 a 16) y “Inmunidad de ejecución” (arts. 17 al 20). En ellos se hacen diversas referencia a la inmunidad en sentido negativo, “el Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad...”, sin embargo, no hay ningún precepto que delimite o defina el concepto de inmunidad, como se estima que sería deseable.

En relación con las definiciones contenidas en el art. 2, este Consejo Fiscal ha de llamar la atención sobre la diferencia entre la definición de buque de estado que se realiza en el ap. e) de este artículo [Buque de Estado: un buque propiedad de un Estado extranjero o explotado por él y utilizado exclusivamente para un servicio público no comercial] con la establecida en art. 3.2 ° Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima [son buques y embarcaciones de Estado los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial]. Aunque la diferencia es menor, podría eliminarse en aras de una mayor coherencia del ordenamiento jurídico, toda vez que ambos preceptos pretenden adaptarse a lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del mar, de 10 de diciembre de 1982.

En el art. 3 se dejan a salvo las inmunidades reconocidas por el Derecho internacional, ya a través de tratados de los que España es parte, ya en virtud de normas consuetudinarias. Norma que confiere al Anteproyecto un carácter subsidiario, que no se compadece con la pretensión manifestada en la Exposición de Motivos de regular con carácter sistemático el régimen jurídico de inmunidad y privilegios que constituyen su objeto.

No obstante, el Consejo Fiscal muestra su conformidad con la nueva regulación, pues aunque subsidariamente establece una regulación de mínimos que ofrece mejor solución que el vacío legislativo actual.

2.3 Las inmunidades jurisdiccionales del Estado extranjero en España

El Título I (arts. 4 a 20) regula las “Inmunidades jurisdiccionales del Estado extranjero en España”, entendiendo por tales la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución (art. 4) y dedicando las disposiciones del Capítulo I a la “Inmunidad de jurisdicción” y las del Capítulo II a la “Inmunidad de ejecución”. Ambos siguen la misma sistemática: empiezan explicando qué supone (en forma negativa) cada una de estas inmunidades, luego se refieren a la posibilidad de que el Estado renuncie a su inmunidad de manera expresa o tácita, para terminar regulando aquéllas situaciones que, al margen del consentimiento del Estado de que se trate, constituyen excepciones que escapan a la inmunidad de jurisdicción – procesos relativos a transacciones mercantiles (art.9), a contratos de trabajo (art. 10), a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (art. 11), a la determinación de derechos u obligaciones respecto de bienes (art. 12) a la determinación de derecho de propiedad intelectual e industrial (art. 13), a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (art. 14) a la explotación y cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por éste (art. 15) a los efectos de un convenio arbitral (art. 16)–.

Ninguna objeción opone el Consejo Fiscal a su contenido en cuanto recoge lo regulado en la Convención de Naciones Unidas de 2 diciembre 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que representa el principal intento codificador en la materia. Aunque esta Convención, abierta a la firma en Nueva York el 17 enero 2005, no ha entrado aún en vigor, España depositó su instrumento de adhesión a la Convención el 11 septiembre 2011 y ha mostrado siempre un firme compromiso internacional en defensa de los principios y garantías del régimen de inmunidades. Por ello, se estima coherente que se integre en el Derecho interno las obligaciones que se han comprometido a asumir en la esfera internacional.

2.4 Las inmunidades jurisdiccionales del Jefe del Estado extranjero, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero

El Título II (arts. 21 a 28), relativo a las “Inmunidades del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero”, está dividido en tres capítulos. El Capítulo 1 (arts. 21 y 22) recoge las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores en ejercicio. El Capítulo 2 (arts. 23 a 25) regula las inmunidades de antiguos Jefes de Estado y de Gobierno y de antiguos Ministros de Asuntos Exteriores. Por su parte, el Capítulo 3 (arts. 26 a 28) contiene disposiciones comunes a los dos Capítulos anteriores.

Este Consejo Fiscal estima que dado que en este Título se regulan no solamente las inmunidades, sino también se prevee la inviolabilidad del Jefe del Estado, el Jefe de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero, sería adecuado que en el epígrafe del Título también se hiciera referencia a tal inviolabilidad.

Las inmunidades de los Jefes de Estado, de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, tanto en ejercicio como antiguos, tienen carácter personal y su fundamento se encuentra en su condición de ser los órganos encargados de las relaciones exteriores, y mediante el privilegio de la inmunidad se pretende garantizar el desempeño eficaz de tales funciones.

Se establece que una vez que finalizan sus mandatos, esa inmunidad se limita a los actos realizados durante los mismos, siempre que fuera en el ejercicio de sus funciones oficiales (lo que se conoce como ‘inmunidad residual’).

El Capítulo 3 se refiere a la renuncia de la inmunidad de cualquiera de estos sujetos, que ha de ser expresa y corresponde al Estado extranjero, pues es el sujeto titular del derecho, mientras que la persona que ocupa el cargo es la beneficiaria del mismo. Contiene también un precepto en el que se consagra en este ámbito el principio de reciprocidad.

En relación con el contenido de este Título este Consejo Fiscal ha de objetar que aunque en el último párrafo de la Exposición de Motivos del Anteproyecto se expresa que su contenido ha de entenderse, en todo caso, sin perjuicio de las obligaciones internacionales de nuestro país respecto del enjuiciamiento de crímenes internacionales, así como de sus compromisos con la Corte Penal Internacional, sin embargo tal limitación no se encuentra reflejada en el texto articulado.

El Anteproyecto ha optado por extender la inmunidad jurisdiccional de los sujetos referidos en sus arts. 21 a 25 tanto en los casos en que acceden al territorio nacional en un desplazamiento oficial como cuando realizan visitas privadas, sin establecer ninguna excepción que pudieran derivarse de otros compromisos internacionales, caso del art. 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a cuyo tenor esta norma será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.

La propia Corte ha dirigido el 4 marzo 2009 una orden internacional de arresto por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Con la redacción del Anteproyecto, España no podría colaborar en la detención y entrega de un presidente o un expresidente que accede privadamente a España, sin la correspondiente invitación oficial, al amparo del art. 21 del texto prelegislativo, si éste se encontrara en dicha situación.

Por lo tanto, aunque el Consejo Fiscal valora positivamente la redacción de estas disposiciones que garantizan la seguridad jurídica en los desplazamientos de los representantes de los Estados, estima que debería introducirse expresamente un artículo que permita excepcionar este privilegio de inmunidad jurisdiccional penal en el caso de concurrencia de supuestos previstos en los convenios ratificados por España, en particular, el del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

2.5 Las inmunidades del Estado respecto de buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado.

Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes Tampoco tiene este Consejo Fiscal objeción alguna respecto de la escueta regulación contenida en los Título III (arts. 29 a 31) respecto de la “Inmunidad del Estado respecto de los buques de guerra y los buques y aeronaves de Estado”, así como en el Título IV (art. 32) que regula el “Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes” durante su estancia en España.

Las inmunidades de estos buques y aeronaves vienen reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario y se ven reflejadas, en la Convención sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982). El Tribunal Internacional de Derecho del Mar ha tenido ocasión de afirmar recientemente que los buques de guerra son la expresión de soberanía del Estado del pabellón y que, de acuerdo con el Derecho internacional general, gozan de inmunidad, incluso en las aguas interiores de los Estados.

Por lo que se refiere a la Fuerzas Armadas visitantes el Convenio SOFA OTAN se erige como instrumento de referencia respecto de las Fuerzas Armadas pertenecientes a Estados Parte en el Tratado del Atlántico Norte o en la Asociación para la Paz, y, por tanto, será éste el instrumento que opere. Para las Fuerzas Armadas de cualquier otro Estado, el Anteproyecto dispone que se aplicará también, en todo o en parte, el Convenio SOFA OTAN, cuando así se haya previsto en el acuerdo suscrito entre el Ministerio de Defensa y el homólogo del Estado extranjero.

Conviene señalar que el Convenio SOFA OTAN tiene un importante desarrollo práctico en España en virtud de los Estados con los que nuestro país coopera en materia de defensa y el buen funcionamiento de otro instrumento relevante en este ámbito, como es el Convenio de Cooperación para la Defensa entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 1 de diciembre de 1988, y su Protocolo de Enmienda, de 10 de abril de 2002 (BOE, 6-V- 1989; y, BOE, 21-II- 2003), que se remite al Convenio SOFA OTAN, que resulta de aplicación a las Fuerzas norteamericanas con presencia en España.

Hay que significar que a tenor de este último Convenio no se establece una inmunidad directa, sino que está sujeta a la renuncia a la jurisdicción por parte de los tribunales españoles, asuntos que son sometidos a resolución de la Audiencia Nacional.

2.6 Inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede en España

El Título V (arts. 33 a 40) está dedicado a las “Inmunidades de las Organizaciones internacionales con sede en España”.

La evolución del Derecho internacional ha supuesto que en la actualidad la inmunidad no constituye un privilegio exclusivo del Estado, sus órganos o sus bienes, sino que el reconocimiento de personalidad jurídica a las Organizaciones internacionales ha determinado la necesidad de otorgarles un régimen jurídico de inmunidad para que puedan ejercer sus funciones en el territorio del Estado en el que se asiente su sede.

En España la concesión de inmunidades a representaciones permanentes de funcionarios internacionales se ha concretado en la celebración de los denominados Acuerdos de sede. De entre los recientes, cabe referir: el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y la Unión Europea (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo), hecho en Bilbao el 31 de marzo de 2014 (aplicación provisional publicada en el *BOE*, 16-V-2014); el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Secretariado de la Unión por el Mediterráneo, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010 (aplicación provisional en el *BOE*, 15-VI-2010); o, el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Consejo Oleícola Internacional, hecho en Madrid el 20 de noviembre de 2007 (aplicación provisional publicada en el *BOE*, 6-VI-2008).

El Consejo Fiscal muestra su conformidad con la regulación de este Título en cuanto plantea una regulación de mínimos, cuyos desarrollos particulares vendrán a través de los citados Acuerdos de sede.



2.7. Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales

El Título VI (arts. 41 a 47) se refiere a los “Privilegios e inmunidades aplicables a las Conferencias y Reuniones internacionales” con cuya regulación se pretende suplir la necesidad de tener que celebrar acuerdos ad hoc para poder extender a los participantes en estos encuentros los privilegios e inmunidades que precisan para garantizar su seguridad jurídica y las de los ciudadanos nacionales que entran en relación (laboral, civil o penal), sucediendo que, para cuando se ha producido su tramitación parlamentaria, la conferencia o reunión ya se ha celebrado y, por tanto, los tratados ya han agotado sus efectos.

Se establece en el art. 41 que la LOIEYOI tendrá a estos efectos carácter supletorio en los supuestos en que se concluyan acuerdos específicos. También se regula la duración de los privilegios e inmunidades (art. 42); el tratamiento que recibirán los locales asignados, los archivos y documentos y otro tipo de material (art. 43); y, los privilegios y prerrogativas de los individuos que integren las delegaciones de los Estados invitados y de otros invitados que no integren tales delegaciones (arts. 44 y 45). Los arts. 46 y 47 se refieren a las Conferencias o Reuniones organizadas por Naciones Unidas y por la Unión Europea y remiten a las normas convencionales que ambas Organizaciones Internacionales tienen sobre privilegios e inmunidades.

Nada tiene que objetar el Consejo Fiscal a la redacción de estas disposiciones.

2.8 Cuestiones procedimentales

El Título VII (arts. 48 a 56) da cabida a las denominadas “Cuestiones Procedimentales”. Se abre con una primera disposición que, haciéndose eco de la exigencia del Derecho internacional, proclama la apreciación de oficio por los órganos jurisdiccionales españoles de las cuestiones relativas a la inmunidad que

se plantean a lo largo del Anteproyecto. Se incluyen otros preceptos que aluden a la necesidad de informe del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando los órganos jurisdiccionales españoles conozcan de unos asuntos que afectan a una inmunidad jurisdiccional regulada en la Ley o a las especificidades de la comunicación con otros Estados y con las Organizaciones Internacionales.

2.9 Disposiciones adicional, transitoria y finales

Por último, este Consejo Fiscal no tiene ninguna objeción respecto del contenido de la disposición adicional única relativa a la comunicación de la presente Ley Orgánica a todos los sujetos de Derecho internacional con lo que España tiene relaciones, siendo también conforme con la disposición transitoria que establece la irretroactividad de la Ley, así como con la disposición derogatoria única, disposición final primera relativa al título competencial, con la disposición final segunda sobre desarrollo normativo y la disposición final tercera sobre entrada en vigor.

Es cuanto el Consejo Fiscal tiene que informar sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y de las Organizaciones Internacionales con sede y oficina en España y sobre el régimen de privilegios e inmunidades aplicables a Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

2015/8. Informe del Consejo Fiscal de 3 julio 2015, anteproyecto de Ley sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea.

1. Introducción

Por oficio de fecha 30 abril 2015 la Secretaria de Estado de Justicia ha remitido a la Excm. Sra. Fiscal General del Estado, el Anteproyecto de referencia, para que el Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 14.1.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), emita el correspondiente informe.

2. Procedencia de la emisión de informe por parte del Consejo Fiscal

A tenor del art. 14.4 j) Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, corresponde al Consejo Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal. El Anteproyecto remitido consta de una parte expositiva, once artículos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, que seguidamente se comentan.



Junto con el Anteproyecto, ha tenido entrada en esta Fiscalía General, una Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto que incluye resumen ejecutivo, justificación de la memoria abreviada,

breve descripción del contenido y de la tramitación de la propuesta normativa, oportunidad de la norma, orden de distribución de competencias, listado de las normas que quedan derogadas, impacto presupuestario e impacto por razón de género.

A lo largo del articulado no se contempla la intervención del Ministerio Fiscal. A pesar de esta circunstancia, es oportuno poner de manifiesto que el Anteproyecto no hace referencia al art. 16 Directiva 2014/60/UE, del Parlamento y del Consejo, conforme al cual no afectará a las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro requirente y/o el propietario del bien cultural robado. En el mismo sentido, el Considerando Quinto recuerda que la Directiva 93/7/CEE estableció una cooperación administrativa entre los Estados miembros por lo que a su patrimonio nacional se refiere, estrechamente vinculada a la cooperación con Interpol y otros organismos competentes en materia de robos de obras de arte, que incluye de modo especial el registro en que elaboran listas similares de objetos culturales perdidos, robados o que hayan salido ilegalmente del territorio, que formen parte de su patrimonio nacional y de sus colecciones públicas. Esta previsión si fue recogida en la Ley 36/1994, art. 6.2º, pero se ha omitido en el Anteproyecto y la Disposición derogatoria única establece la derogación de la Ley 36/1994.

Sería interesante establecer una norma complementaria de remisión legislativa similar a la contenida en el art. 6 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, cuando dice,

Art. 6. *Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas.* 1. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 36.3, la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla.

2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores.

b) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños.



En este sentido, se estima la conveniencia de que el Ministerio Fiscal pueda llevar a cabo una valoración de las circunstancias de la presencia del bien cultural en territorio nacional, extremo este que podría realizarse si el artículo estableciera que una vez adquirida firmeza la sentencia se remitirá testimonio de la misma a la Fiscalía Provincial los efectos pertinentes.

La Instrucción 11/2005, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 CE, de la Fiscalía General del Estado, estableció que con la citada Instrucción se pretendía iniciar el diseño de una Red de Fiscales Especialistas en materia medioambiental en toda España bajo la coordinación a nivel nacional del Fiscal de Sala Delegado, abarcando en su cometido, entre otras, el área de patrimonio histórico-artístico.

La Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 noviembre Montes previó, en su Disposición Final Primera, una modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en virtud de la cual se incorporó al Estatuto el art. 18 quinquies, por el que se creó, como delegado del Fiscal General del Estado, un Fiscal coordinador para los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico artístico, del medio ambiente e incendios forestales con categoría de Fiscal de Sala.

Esta ley incorporó también las Secciones de Medio Ambiente en las Fiscalías Territoriales al modificar el texto del art. 18.1º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para establecer en cada Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia y de Audiencia Provincial, las que denominó “Secciones de Medio Ambiente” especializadas, entre otras materias, en la protección del patrimonio histórico.

El art. 20.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en la redacción dada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, establece,

“En la Fiscalía General del Estado existirá un Fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo Cinco a intervenir, directamente o a través de instrucciones impartidas a los delegados, en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, la protección de la flora, fauna y animales domésticos, y los incendios forestales...

3. Conclusión final

El presente Anteproyecto no responde a la previsión legal contenida en el art. 14.4.j) EOMF dado que su contenido no afecta a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal, pero se trata de una materia que reviste gran importancia para el Ministerio Fiscal y el procedimiento que en este Anteproyecto se regula ofrece la oportunidad de tener conocimiento de delitos subyacentes que pueden precisar de su intervención.

2015/9. Informe del Consejo Fiscal de 24 julio 2015, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento sobre la adquisición de nacionalidad española por residencia**1.– Introducción**

Mediante oficio de fecha 25 junio 2015, que tuvo su entrada en la Fiscalía General del Estado el día 26 junio 2015, la Secretaria de Estado de Justicia remitió el Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia a efecto de informe. El texto se acompaña de un resumen ejecutivo que recoge la oportunidad de la propuesta, el contenido y análisis jurídico, y el análisis de impactos.

El art. 14.4º. j) Ley 24/2007, de 9 de octubre, por la que se modifica la Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) atribuye al Consejo Fiscal la competencia de informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.

El Proyecto objeto de informe no afecta a la organización y estructura del Ministerio Público, pero sí a la actividad que desempeña en el ámbito de los procesos civiles.

En tanto el art. 3 EOMF atribuye al Ministerio Fiscal las funciones de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (ap. 3), tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley (ap. 6) e intervenir en los procesos civiles que determine la Ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (ap. 7), el Proyecto incide en sus funciones.

De ello se desprende que la emisión del presente informe entra dentro de las competencias consultivas del Consejo Fiscal.

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal sobre el mencionado Proyecto y da cumplimiento al preceptivo trámite de informe previsto en la legislación orgánica del Ministerio Fiscal.

Ello no obstante, conviene poner de manifiesto que mediante oficio de fecha 4 julio 2014, que tuvo su entrada en la Fiscalía General del Estado el día 7 de julio, el Secretario de Estado de Justicia remitió el Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia a efectos de informe, informe que fue emitido, tras su aprobación por el Consejo Fiscal, el día 25 septiembre 2014. El presente informe mantiene la estructura y los elementos esenciales del mismo.

2. Estructura y fundamento del proyecto de Real Decreto

En el apartado relativo al análisis jurídico se expone que el Proyecto de RD es un reglamento de desarrollo de los arts. 21, 22 y 23 Cc y del art. 63 LRC. Respecto de este último precepto hay que resaltar que es el previsto en la LRC de 1957, en la redacción dada por la Ley 54/2007, de 28 diciembre Adopción Internacional, todavía vigente al haberse prorrogado la entrada en vigor de la Ley 20/2011 de 21 de julio, del Registro Civil hasta el día 15 julio 2015, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional decimonovena del RD-ley 8/2014, de 4 julio aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

El Proyecto de RD se compone de un artículo único, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El artículo único aprueba el Reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia, en aplicación de la Disposición final séptima tercera de la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil.

La Disposición adicional primera se refiere en su primer ap. al pago de las tasas y en el segundo especifica que dicha tasa no incluye los precios de las pruebas de examen DELE y de conocimientos constitucionales y socioculturales de España.

La Disposición adicional segunda se dedica a los medios de funcionamiento, estableciendo que la aplicación del RD no generará incremento ni de dotaciones ni de retribuciones ni de costes de personal al servicio del sector público.

La Disposición adicional tercera se dedica a los países y territorios de lengua española a cuyos nacionales, a los efectos del presente RD, se consideran exentos de realizar la prueba del examen DELE.

La Disposición transitoria única refiere que los expedientes en curso, que se resolverán de conformidad con las siguientes normas:

1. El Juez encargado del Registro Civil, en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor de este RD, concluirá los expedientes que se encuentren en trámite y los elevará para su resolución a la Dirección General de Registros y del Notariado.

2. Los expedientes que a la entrada en vigor de este RD hayan sido elevados para su resolución a la Dirección General de Registros y del Notariado y los que se eleven en los seis meses a que se refiere el ap. anterior, se tramitarán y resolverán de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el momento de su solicitud.

3. El interesado en un expediente iniciado antes de la entrada en vigor del RD, podrá renunciar al expediente anterior e iniciar uno nuevo.

La Disposición derogatoria única deroga en su aplicación al procedimiento regulado en el RD, los arts. 220 a 224, 341 a 362, y 365 a 369 del Decreto de 14 noviembre 1958, por el que se aprueba el Reglamento LRC. En la Disposición final primera se modifica el RD 1137/2002 de 31 de octubre, por el que se regulan los “diplomas de español como lengua extranjera (DELE)”.

En la Disposición final segunda se faculta al Ministro de Justicia para el desarrollo normativo del RD y, en particular, de las previsiones relativas a las pruebas de validación de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, que diseñará y administrará el Instituto Cervantes.

Las Disposiciones final tercera y cuarta se dedican al título competencial y a la entrada en vigor respectivamente.

El propio Proyecto de RD identifica la Disposición Final séptima de la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil como la norma habilitante para el desarrollo reglamentario que se pretende llevar a cabo, disposición que recoge diversos títulos competenciales, entre los que se encuentra el art. 149.1.8ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en relación a la ordenación de los registros e instrumentos públicos y la legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

Pues bien, es de destacar que cuando el Proyecto se refiere a la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil, en realidad se trata del Proyecto de Ley 121/000101 de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que se encuentra en la actualidad en el Senado, no constando, por tanto, finalizada su tramitación parlamentaria.

Por otra parte su Disposición final octava prevé que la ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, salvo las modificaciones introducidas por el artículo segundo en la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil, y las disposiciones finales segunda, tercera y cuarta que lo harán a la entrada en vigor de aquella, así como el punto 1º del ap. 2 del art. 682 LEC y la Disposición final primera que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación.

El Proyecto de RD, en su Disposición final cuarta fija su entrada en vigor el día 15 octubre 2015.

En resumen, la Disposición final séptima de la Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y Registro Civil no concreta su fecha de entrada en vigor y el Proyecto de RD lo establece el día 15 octubre 2015. Por ello es aconsejable una entrada en vigor coordinada de ambos textos legales.

El Reglamento consta de 12 artículos y se estructura en dos capítulos. El capítulo I contiene las disposiciones generales (arts. 1 a 3) y el capítulo II está dedicado al procedimiento.

El capítulo II a su vez, se divide en cuatro secciones: Iniciación del procedimiento (arts. 4 y 5), instrucción del procedimiento (arts. 6 a 8), finalización del procedimiento (arts. 9 a 11) y recursos (art. 12).

La finalidad del Proyecto de RD es la aprobación del Reglamento sobre adquisición de la nacionalidad española por razón de residencia, estableciendo un procedimiento ágil, de carácter netamente administrativo, de tramitación electrónica en todas sus fases y que permita acortar los plazos de resolución. Se establecen disposiciones específicas para el caso de los extranjeros que sean personal al servicio de las Fuerzas Armadas, así como del personal militar de complemento adscrito al Cuerpo Militar de Sanidad, para evitar que la dilación en la adquisición de su condición de españoles pueda tener consecuencias perjudiciales no sólo desde el punto de vista de su situación profesional sino también para la Defensa Nacional.



Por otro lado, se pretende dotar de mayor objetividad al examen de acreditación del requisito de la integración para lo cual los interesados deberán superar las pruebas de validación del dominio del español, que serán los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2, como de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes.

Respecto al carácter administrativo del procedimiento el Proyecto, en apoyo de dicha elección, considera que “el carácter mixto del procedimiento actual provoca que la media de tramitación de un expediente de nacionalidad por residencia sea excesivamente larga y que se hace necesario establecer un procedimiento más ágil que el presente, que había provocado retrasos que solo han podido ser superados mediante dos Planes Intensivos de Tramitación de tales expedientes”.

3. Análisis del articulado

La valoración general del Proyecto de RD es positiva en cuanto que agiliza la tramitación del procedimiento.

En el Proyecto de RD por el que se aprueba el reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que fue objeto de informe del Consejo Fiscal el 25 septiembre 2014, se regulaba una tramitación del procedimiento con carácter preferentemente electrónico en todas sus fases. En el proyecto actual, el artículo tres determina que la “tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico en todas sus fases”.

Ello no obstante, prevé la posibilidad de presentación de la documentación en cualquiera de las formas legalmente previstas, contemplando, en el caso de que la documentación se presente en formato no electrónico, que la Administración competente realice las actuaciones necesarias para su conversión al mismo, de tal manera que el expediente pueda desarrollarse íntegramente con este carácter.

De esta manera se pretende facilitar la tramitación y la agilidad del procedimiento, evitando que se convierta en una carga, incluso económica para el ciudadano, si precisa de la asistencia de un gestor en el proceso de recopilación y digitalización de los documentos. A este respecto, se facilita a los interesados

en los que no se den las condiciones previstas en el art. 27.6º Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, el acceso a la plataforma electrónica, poniendo a disposición de quien lo requiera, en las oficinas públicas correspondientes, los medios necesarios para ello.

El art. 4 que regula la iniciación del procedimiento en su ap. 3 “Las solicitudes correspondientes a menores de edad o a personas con la capacidad modificada judicialmente se formularán por sus representantes legales”.

Por otra parte, el art. 5 que se refiere a los requisitos para la obtención de la nacionalidad española y a la remisión de documentación, en su ap. 2 alude, como ya se mencionaba en apartados precedentes, a la necesidad de superar las pruebas de validación del dominio del español, que serán los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DELE) como mínimo de nivel A2, como de conocimientos constitucionales y socioculturales de España, diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes.

En el apartado tercero se establece que “los representantes legales de los menores o personas con capacidad modificada judicialmente deberán aportar los certificados de centros de formación, residencia, acogida, atención o educación especial en los que, en su caso, haya estado inscrito el menor o la persona con la capacidad modificada judicialmente, sin que sea preciso realizar la prueba oficial de validación de conocimientos. Dichos certificados se aportarán junto con el resto de documentos justificativos. La Dirección General de los Registros y del Notariado podrá recabar la presentación de nuevos documentos o informes oficiales, teniendo en cuenta la edad y circunstancias del menor o persona con la capacidad modificada judicialmente”.



Por otro lado, el apartado tercero del artículo cinco menciona al Encargado del Registro Civil en su inciso final, procediendo a modificar esta remisión para adecuarla a los órganos que derivan de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

La prueba oficial de evaluación de conocimientos de la lengua y cultura españolas, si bien podría parecer que dificulta la posibilidad de obtención de la nacionalidad por residencia, confiere seguridad jurídica a la hora de valorar el cumplimiento del requisito de integración en España del solicitante frente a la discrecionalidad actual de la valoración. Pronunciamientos de la DGRN así como del propio Tribunal Supremo avalan esta opción legislativa cuando señalan que el conocimiento del idioma oficial del país constituye un indicador relevante del grado de integración del extranjero.

Así, en la Instrucción de 26 julio 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia se expone que “en derecho comparado, son varios los países europeos cuya legislación ha desarrollado los factores que, se

entiende, configuran la integración social, exigiendo, por ejemplo, la superación de un examen de idioma como requisito para la adquisición de la nacionalidad. La base de esta normativa se fundamenta en la consideración del idioma como un elemento indispensable y revelador del nivel de integración social del extranjero que pretende obtener la nacionalidad del país en el que reside. También se exige que el solicitante demuestre su conocimiento de la cultura del país, como signo de integración social”.

Por ello, no puede desconocerse la jurisprudencia del Tribunal Supremo que exige una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad.

Así, entre otras, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 12 diciembre 2011 dispone:

“Son ya numerosas las sentencias de esta Sala sobre el nivel de conocimiento del idioma español exigible a la hora de valorar el requisito de la integración social en España ex art. 22.4º Cc. Podemos citar, a título de ejemplo, y ciñéndonos a las más recientes, las de 16 abril 2009, 18 noviembre 2010, 24 enero 2011 y 11 febrero 2011. En esas y otras sentencias ha dicho esta Sala que la justificación del suficiente grado de integración en la sociedad por parte del solicitante de la nacionalidad exige el conocimiento por parte del interesado del idioma español, en grado suficiente no ya sólo para entenderlo, sino para hablarlo y entablar relaciones sociales adecuadas y eficaces con arreglo a los estándares de convivencia usuales. Resulta, pues, inevitable en tales casos una valoración singularizada y casuística de las circunstancias concurrentes para apreciar si, en definitiva, el solicitante posee un conocimiento útil del idioma español que permite tener por existente la integración en la sociedad que legitima la obtención de la nacionalidad”.

En este sentido, el Proyecto exige la necesidad de superar las pruebas de validación del dominio del español, que serán los exámenes para la obtención del diploma de español como lengua extranjera (DE-LE) como mínimo de nivel A2. Dicho nivel aparece regulado en el RD 1137/2002 de 31 de octubre, cuyo art. 3.2º dispone que “El diploma de español nivel A2 acredita la capacidad del usuario de la lengua para comprender y utilizar expresiones cotidianas de uso frecuente en todo el ámbito hispanico, relacionadas casi siempre con áreas de experiencia que le sean especialmente relevantes por su inmediatez (información básica sobre sí mismo y sobre su familia, compras y lugares de interés, ocupaciones, etc.); para realizar intercambios comunicativos sencillos y directos sobre aspectos conocidos o habituales y para describir en términos sencillos aspectos de su pasado y de su entorno, así como para satisfacer cuestiones relacionadas con sus necesidades inmediatas”.

Sin embargo, el Proyecto faculta al Ministro de Justicia para el desarrollo normativo del RD y en particular, de las previsiones relativas a las pruebas de validación de conocimientos constitucionales y socio-culturales de España, que diseñará y administrará el Instituto Cervantes. Parece, en consonancia con el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el anterior proyecto, que el RD debiera contener una regulación sustantiva de los elementos esenciales de esta materia, y no dejar tan amplio margen de libertad a la Orden Ministerial, que, antes bien, por su propia naturaleza es una disposición de marcado carácter ejecutivo y orgánico, no la más indicada para proceder a regulaciones materiales de aspectos vinculados con el estatuto personal de los individuos.

Las competencias del Instituto Cervantes son fundamentalmente de carácter de fomento y promoción de la enseñanza, estudio y uso del español, resultando difícil incardinar en su elenco competencial una atribución de la naturaleza y la extensión prevista en el Proyecto. Por lo que se recomienda que, en caso de atribuir esta competencia al mencionado Instituto, se proceda a modificar el actual marco competencial establecido en los arts. 6 y 7 RD 1526/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Cervantes en coherencia con la nueva competencia determinada por el texto del presente anteproyecto.

El Apartado cuarto determina que el Instituto Cervantes garantizará los medios necesarios para que los solicitantes con capacidad jurídica modificada concurren en igualdad de condiciones a la práctica de dicha prueba.

Por otro lado, debería contemplarse la adaptación de la prueba para las personas analfabetas, para evitar discriminaciones.

En este sentido, entre otras, las SSTS 12 diciembre 2011, antes mencionada, y 14 noviembre 2011, se refieren al analfabetismo en los siguientes términos:

“Asimismo, ha dicho la jurisprudencia que el analfabetismo, esto es, el hecho de no saber leer ni escribir el español, no es una razón que determine inevitablemente la denegación de la nacionalidad, cuando el solicitante entiende y puede comunicarse en este idioma. Tal circunstancia ha de ponerse en relación con los demás datos concernientes a la integración del interesado en la sociedad española, con las dificultades para acceder a la educación en función de sus orígenes, y en definitiva con sus circunstancias personales y vitales.

Se precisa, por tanto, una contemplación global y conjunta, necesariamente casuística, de la trayectoria vital en España del solicitante, para verificar si se ha integrado socialmente en el nivel requerido por el tan citado art. 22.4º Cc y por la jurisprudencia que lo ha interpretado y aplicado. En tal valoración, el conocimiento y soltura en el manejo del idioma español constituye un dato relevante, que en todo caso habrá de ponerse en relación con los demás que jalonan esa trayectoria vital”.

El apartado quinto permite que puedan acompañarse, en su caso, los documentos e informes expedidos por los órganos competentes de las comunidades autónomas y el apartado sexto establece que “todos los documentos requeridos, suscritos por el promotor con su certificado reconocido de firma electrónica, se incorporarán a un expediente electrónico a través de la correspondiente plataforma electrónica. El promotor podrá también incorporar al expediente electrónico los documentos requeridos por medio de cualquier profesional habilitado en los términos previstos en este RD, quien los suscribirá con su certificado reconocido de firma electrónica”.



Respecto de este art. 5.6º y en consonancia con el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial respecto del anterior proyecto, procede hacer mención a una cuestión terminológica: el Proyecto al referirse al solicitante en ocasiones le denomina interesado (así los arts. 4, 8, 9.3, 10), y en otras promotor (art. 5.6º), creando la duda de si cuando identifica al promotor se refiere al interesado o al representante, que tramita el expediente a cargo del interesado, cuestión que convendría clarificar para evitar posibles disfunciones y problemas en cuanto a la notificación de resoluciones y cómputo de plazos. Este aspecto no es una cuestión menor, pues, en ocasiones el Proyecto, como es el caso del art. 9.3º, menciona al representante— sin perjuicio de la errata del proyecto que habla del “presentante”— como receptor de la notificación de la resolución, cuando lo cierto es que no se establece la intervención obligatoria del mismo, pudiendo el solicitante ejecutar todas las actuaciones administrativas directamente y por sí mismo.

En su apartado siete se establece que “El Ministerio de Justicia, de conformidad con el art. 13 RD 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, podrá suscribir con cualquier colectivo, asociación y colegio profesional un convenio de habilitación que regule los procedimientos y requisitos

para la remisión telemática de la documentación, debidamente indexada y metadatada, conforme al modelo oficial aprobado al efecto por la DGRN”.

Ello supone varios cambios respecto del proyecto de RD por el que se aprueba el reglamento sobre la adquisición de la nacionalidad española por residencia, que fue objeto de informe del Consejo Fiscal el 25 septiembre 2014.

En primer lugar, en el anterior proyecto se contemplaba que el promotor podía incorporar al expediente electrónico los documentos requeridos por medio de un gestor administrativo habilitado, quien los suscribiría con su certificado reconocido de firma electrónica. Mediante Convenio de Colaboración de Gestión Administrativa a suscribir entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Consejo General de los Colegios de Gestores Administrativos de España, se especificarían las condiciones de habilitación de los gestores administrativos.

En segundo lugar, el actual proyecto se remite al art. 13 del RD 1671/2009, de 6 de noviembre, que establece que “De acuerdo con lo previsto en el art. 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes podrán habilitar con carácter general o específico a personas físicas o jurídicas autorizadas para la presentación electrónica de documentos en representación de los interesados.

La habilitación conllevará la aplicación del régimen de representación regulado en el artículo siguiente”

El art. 14 dispone:

“1. Las personas o entidades habilitadas para la presentación electrónica de documentos en representación de terceros deberán ostentar la representación necesaria para cada actuación, en los términos establecidos en el art. 32 la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en los términos que resulten de la normativa específica de aplicación.

2. La Administración podrá requerir en cualquier momento a las personas habilitadas la acreditación de la representación que ostenten, siendo válida la otorgada a través de los documentos normalizados que apruebe la Administración para cada procedimiento.

La falta de representación suficiente de las personas en cuyo nombre se hubiera presentado la documentación dará lugar a la exigencia de las responsabilidades que fueran procedentes.

3. La habilitación sólo confiere a la persona autorizada la condición de representante para intervenir en los actos expresamente autorizados. No autoriza a recibir ninguna comunicación de la Administración en nombre del interesado, aun cuando éstas fueran consecuencia del documento presentado.

4. La representación habilitada sólo permite la presentación de solicitudes, escritos o comunicaciones en los registros electrónicos correspondientes al ámbito de la habilitación”.

Este aspecto resulta positivo pero no suficiente, pues la intervención de estos representantes, remitida a convenios de los que no se ofrecen especificaciones detalladas, debe tener en cuenta un régimen de responsabilidad de los mismos, en tanto se convierten en receptores de la documentación acreditativa de la solicitud y de las resoluciones administrativas que se adopten al respecto, y su necesaria comunicación al interesado y el momento en que se realice son determinantes para el cómputo de plazos.

El art. 6 relativo a los informes a recabar de oficio por la Dirección General de los Registros y el Notariado al objeto de comprobar si el solicitante reúne los requisitos exigidos en el art. 22 Cc, establece que “En la presentación de la solicitud se hará constar la autorización expresa para la comprobación de los datos necesarios para la resolución del procedimiento”.

Dicha previsión de la “autorización expresa” va más allá de lo dispuesto en el art. 63 LRC de 1957, en la redacción dada a este artículo por la Ley 54/2007, de 28 diciembre Adopción Internacional que contempla la posibilidad de recabar los mencionados informes “sin que sea preciso el consentimiento de los interesados”.

La previsión de la autorización expresa supone una novedad positiva para el promotor del expediente como medida de protección de los datos contenidos en los informes que se soliciten.

El art. 9 se refiere a la propuesta de resolución que la DGRN eleva al Ministro de Justicia, así como a la propia resolución que éste ha de dictar.

El Proyecto introduce una innovación que se proyecta en el ámbito de la eficacia de la resolución de concesión de la nacionalidad. En este sentido, el art. 10 dispone que: “La eficacia de la resolución de

concesión quedará condiciona a que, en el plazo de ciento ochenta días contados a partir del día siguiente a la notificación de la resolución al interesado, se realicen ante el Encargado del Registro Civil las manifestaciones a que se refiere el art. 23 Cc, relativas al juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes, la renuncia a la nacionalidad anterior, cuando proceda, y la solicitud de las inscripciones correspondientes en el Registro Civil, sin que hasta ese momento haya cometido el interesado actos incompatibles con el requisito de la buena conducta cívica ni perdido su condición de residente legal en España. A tal efecto el encargado de Registro Civil podrá recabar los informes que considere oportunos”.



Esta exigencia, según expresa la Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Proyecto, “pretende evitar las situaciones que se producen actualmente en las que en el momento de la inscripción de la concesión se comprueba, por ejemplo, que el interesado está incurso en ese momento en un procedimiento penal. Aunque desde hace varios años el Consejo de Ministros está procediendo a realizar declaraciones de lesividad del acto de concesión en este tipo de casos, se considera como fórmula más idónea prever estos supuestos con carácter general, como se hace en este RD”.

Se trata de una innovación positiva que introduce una fórmula que permitirá evitar las ulteriores declaraciones de lesividad del acto de concesión en estos supuestos.

Por último, el art. 12 regula los recursos que pueden interponerse contra la denegación de la nacionalidad.

2015/10. Circular nº 7/2015 de 17 noviembre, sobre expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. ARP 2016\149.

1. Introducción

La expulsión de los ciudadanos extranjeros prevista en el art. 89 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (CP), es una medida sustitutiva de la pena de prisión por la que se restringen los derechos a entrar, residir o transitar por territorio nacional para favorecer la realización de los fines de la política inmigratoria que corresponde al Gobierno (art. 2 bis LO 4/2000, de 11 de enero [RCL 2000, 72, 209], sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [LOEX]) así como la administración o gestión penitenciaria.

Indudablemente su implantación ha sido y es fuente de conflictos de variada naturaleza.

Si no se establecen determinados límites objetivos es evidente que puede crear situaciones de impunidad en detrimento del principio de prevención general.

Si no se delimita convenientemente el ámbito subjetivo de aplicación y se fijan las adecuadas limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad, la expulsión sustitutiva –que de por sí constituye una excepción al régimen general penal– puede provocar situaciones discriminatorias en la aplicación de la ley penal basadas exclusivamente en la nacionalidad del condenado. Es patente que no merecen el mismo tratamiento penal quien, viviendo –arraigo social y familiar– y trabajando –arraigo laboral– en España en las mismas condiciones que un español, ocasionalmente llega a cometer un delito, que el extranjero que ha venido a territorio nacional teniendo como único objetivo la comisión de un delito o vivir con desprecio de la legalidad vigente.

Su aplicación ciega o automática puede llegar a anular la previsión constitucional de que las penas y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE [RCL 1978, 2836]); y puede desconocer los derechos de las víctimas que, en demasiadas ocasiones, verán frustradas sus expectativas a ser indemnizadas.

Desde otra perspectiva no hay que olvidar que la medida de expulsión sustitutiva es en muchos casos de imposible ejecución debido a una multiplicidad de causas independientes de los presupuestos jurídicos que la regulan. En unos casos porque es imposible determinar la nacionalidad del afectado, en otros porque las autoridades consulares o diplomáticas del Estado de origen se niegan a documentar al penado o aceptar su retorno, otras veces la repatriación tiene un costo tan elevado que superaría con creces cualquier previsión presupuestaria, en otras porque la devolución a su país de origen puede poner en grave riesgo la integridad y la vida del repatriado, etc.

El art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1591), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, fue la primera norma –tras la vigencia de la Constitución– que reguló la expulsión sustitutiva judicial. Posteriormente fue introducida en el art. 89 por el Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Desde entonces este precepto ha sido reformado en cuatro ocasiones por las Leyes Orgánicas 8/2000 (RCL 2000, 2963 y RCL 2001, 488), 11/2003 (RCL 2003, 2332), 5/2010 (RCL 2010, 1658) y 1/2015 (RCL 2015, 439, 868). Todas las modificaciones llevadas a cabo en el régimen jurídico de la expulsión sustitutiva penal han estado directamente condicionadas no tanto por la evolución de los flujos migratorios hacia España –de crecimiento exponencial a partir del segundo quinquenio de la década de los años 2000– como por el aumento significativo de la población extranjera reclusa en los centros penitenciarios españoles (actualmente alcanza casi el treinta por ciento del total).

Precisamente la reforma de la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) parece que quiere incidir en este aspecto como lo acredita la imposición aparentemente imperativa –ope legis– de la expulsión sustitutiva de los extranjeros penados que alcanzaren el tercer grado penitenciario y/o les sea concedida la libertad condicional.

Sin embargo, a esta relevante novedad, se unen otras innovaciones de igual o superior importancia (en los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación, régimen de la expulsión de los ciudadanos de la Unión Europea, regulación de la proporcionalidad como principio general que impide aplicar la medida, efectos jurídicos del quebrantamiento de la medida etc.) hasta el punto de que un buen número de las directrices recogidas en la Circular 5/2011 (JUR 2011, 395037) han perdido vigencia y exigen la redacción de un nuevo documento normativo interno que unifique los criterios de los Fiscales.



A esta necesidad responde la presente Circular que –dado que recoge todas las conclusiones que no han sido alteradas por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) –siguiendo la línea marcada en 2011–, pretende erigirse, a modo de texto consolidado, en el único texto vinculante para los miembros del Ministerio Fiscal sobre esta materia.

2. Ámbito subjetivo de la expulsión sustitutiva

La reforma penal de 2015 opta por extender sin aparente límite el ámbito subjetivo de la orden judicial de expulsión del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pues a diferencia de la legislación derogada que limitaba la expulsión sustitutiva al “ciudadano extranjero no residente legalmente en España”, el precepto en su nuevo tenor dispone, en su apartado 1, que “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”.

La condición de extranjero realiza la vertiente subjetiva del supuesto de hecho de la norma con independencia de su situación administrativa, que pierde su carácter delimitador.

La medida de expulsión es susceptible de ser aplicada a partir de la reforma 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) a un colectivo de personas que se acota sumariamente en la norma mediante el denominador común de no ser españoles, lo que atrae a su esfera situaciones y condiciones personales de casuística muy diversa, difícilmente reductibles a un tratamiento homogéneo. También se extiende la medida a los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados asimilados, aunque para ellos el precepto establece, por exigencias inherentes a la jerarquía de las fuentes del Derecho, un régimen especial respetuoso de las restricciones que a la expulsión imponen las exigencias de los Tratados constitutivos y del Derecho derivado de la Unión Europea.

No es ocioso, por ello, recordar algunos aspectos del régimen jurídico privado de adquisición y posesión de la nacionalidad española, en la medida en que son de utilidad para delimitar negativamente el ámbito de aplicación del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

Son españoles, a estos efectos, los que tengan la nacionalidad española de origen (art. 17.1 Código Civil [LEG 1889, 27], en adelante CC), los que la hayan obtenido por opción cuando la determinación de la filiación o el nacimiento en España se hayan producido después de los dieciocho años de edad (art. 17.2 CC [LEG 1889, 27]), por consolidación (art. 18 CC [LEG 1889, 27]), por adopción (art. 19 CC [LEG 1889, 27]), por opción (art. 20 CC [LEG 1889, 27]), por carta de naturaleza (art. 21 CC [LEG 1889, 27]) y por concesión por residencia (art. 22 CC [LEG 1889, 27]) siempre que no la hayan perdido (arts. 24 y 25 CC [LEG 1889, 27]) o, que perdida, la hubieren recuperado (art. 26 CC [LEG 1889, 27]).

Son españoles los nacionales de origen de países iberoamericanos –incluido Puerto Rico–, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal y los sefardíes que, con domicilio habitual en España, disfruten de doble nacionalidad de conformidad con los arts. 22 y 23 CC (LEG 1889, 27).

Por otra parte, no serán expulsadas las personas que se presumen españolas, esto es, las nacidas en territorio español de padres también nacidos en España hasta tanto no conste la extranjería de los padres, según el art. 69.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio (RCL 2011, 1432), del Registro Civil (en adelante LRC), pues “las declaraciones con valor de simple presunción tienen la consideración de una presunción legal iuris tantum” (art. 93.1 LRC [RCL 2011, 1432]).

Para acreditar la nacionalidad española será suficiente con la presentación del Documento Nacional de Identidad en vigor, toda vez que es un documento público y oficial expedido a los ciudadanos españoles con “suficiente valor por sí solo para la acreditación de la identidad y los datos personales de su titular” (art. 8 de la LO 4/2015, de 30 de marzo [RCL 2015, 442], de protección de la seguridad ciudadana; igual eficacia, en la esfera del proceso penal, le concede el art. 762, 7ª LECrim [LEG 1882, 16]).

En su defecto son válidos otros medios de prueba, como se contempla en los arts. 373 y ss. LECrim (LEG 1882, 16), singularmente el recurso a la publicidad del Registro Civil, pues como establece el art. 17 LRC (RCL 2011, 1432) :

“1. La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos.

2. Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba.

En el primer caso, será requisito indispensable para su admisión la acreditación de que previa o simultáneamente se ha instado la inscripción omitida o la reconstrucción del asiento, y no su mera solicitud”.

3. Ámbito objetivo

Conforme al art. 89.9 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) quedan excluidas de la expulsión judicial las condenas por delitos tipificados en los arts. 177 bis –trata de seres humanos–, 312 –contra los derechos de los trabajadores–, 313 –emigración fraudulenta– y 318 bis –contra los derechos de los ciudadanos extranjeros–. Es una prohibición legal que no admite excepciones y que proyecta su eficacia sobre los delitos conexos enjuiciados en la misma causa.



En función de la naturaleza de la pena, quedan excluidas las que no sean privativas de libertad, y aquellas privativas de libertad distintas de la prisión –localización permanente y responsabilidad personal

subsidiaria—, pues el precepto ya no se refiere al género “penas privativas de libertad”, según el tenor anterior a la reforma 1/2015 (RCL 2015, 439, 868), sino exclusivamente a la pena de prisión.

La norma discrimina supuestos en función de la duración concreta de la pena impuesta en sentencia y jerarquiza tres tramos: hasta un año de prisión, más de un año hasta cinco, y más de cinco años: en el primero no es posible la expulsión, en los otros dos sí, total o parcial en ambos casos, aunque con un régimen diferenciado.

3.1. Penas de prisión de hasta un año de duración

La reforma 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) prohíbe sustituir las penas de prisión cuya duración no exceda el término de un año, lo que constituye, pese a la sencillez aparente de la formulación legal, una de las novedades de mayor impacto práctico. En efecto, el art. 89.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), en su inciso primero, ya citado, dice con inequívoca concisión que serán sustituidas “las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero”.

El Preámbulo de la Ley (IV) justifica esta restricción en la regulación administrativa: “se ajusta el límite de la pena a partir de la cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería”. En este sentido, el art. 57.2 LOEX (RCL 2000, 72, 209) tipifica, como causa de expulsión administrativa y 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”. Este precepto, no obstante, alude a la pena abstractamente imponible al delito cometido y no a la efectivamente impuesta en sentencia, que puede ser igual o inferior a un año.



La exclusión de las penas de prisión de duración no superior a un año obliga a revisar la práctica consolidada bajo la vigencia del régimen jurídico anterior y la doctrina de la FGE emanada de su aplicación, que facilitaba la renuncia al *ius puniendi* en las condenas de menor intensidad.

Se ha de tener en cuenta, además, que aunque la pena señalada para el delito fuera superior al límite del año, no cabría la expulsión cuando, ya por la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya por la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, se impusiera una pena inferior a aquél límite.

En este nuevo contexto, es obligado preguntarse si en el caso de que se impongan dos o más penas de prisión en una misma sentencia, el art. 89.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) obliga a considerarlas por separado de modo que no sea dable sumarlas para estimar cumplido el límite mínimo de duración.

La prohibición de sumar tiempos parece ser la solución más acorde al sentido de la Ley, tanto desde una interpretación literal como sistemática del precepto. Literal, porque el empleo del plural en el inciso “las penas de prisión de más de un año” apunta a que el cumplimiento del requisito temporal se exige de todas y cada una de ellas, como es común en nuestro ordenamiento penal (STS nº 1400/2005, de 23 de noviembre [RJ 2006, 728]); sistemática, porque cuando el art. 89.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) habilita la suma de penas como criterio delimitador de su propio supuesto de aplicación lo hace mediante un enunciado expreso e inequívoco: “cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco

años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración”; como sucede, igualmente, en sede de suspensión condicional, con la regla 2ª del art. 80.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

La concurrencia de una pena de prisión de más de un año de duración con otra u otras de duración igual o inferior suscita una duda razonable. No parece asumible que en la misma sentencia se sustituyan unas penas y no otras, pues no es lógico que la renuncia al ejercicio del ius puniendi afecte solo a las penas de más entidad. Comoquiera que la ley parece proclive a facilitar la expulsión de quien ha sido condenado a una pena de más de un año de prisión, la concurrencia de otras penas de menor extensión no debe ser tomada como impedimento para la aplicación de la sustitución, que para ser efectiva habrá de abarcar a todas las penas de prisión impuestas en la sentencia.

En resumidas cuentas, si ninguna de las penas de prisión impuestas en una misma causa a un ciudadano extranjero excede el año de duración, la sustitución por expulsión no será admisible, aunque sumadas todas ellas superen el límite exigido; si, en cambio, una o varias de las penas de prisión tienen una duración superior a un año y otra u otras no, no habrá inconveniente en que se acuerde y ejecute la expulsión judicial en sustitución de todas ellas.

Será igualmente posible acordar la expulsión cuando concurre la pena de prisión de más de un año con otras penas de distinta naturaleza.

Si concurren procedimientos penales en tramitación contra el mismo ciudadano extranjero cuya pena de prisión ha sido sustituida, es posible autorizar la expulsión, al amparo del art. 57.7 LOEX (RCL 2000, 72, 209), por los juzgados que estén tramitando las causas no finalizadas por sentencia, si concurren los requisitos necesarios. Para ello es preciso lograr una adecuada coordinación de las distintas Fiscalías, a través de sus respectivos servicios de extranjería, para dar una respuesta global, armónica y coherente a estos supuestos.

3.2. Penas de prisión de un año y un día de duración hasta cinco años

En estos casos, según el art. 89.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), la sustitución de la pena por expulsión será como regla general completa, si bien excepcionalmente el juez o tribunal podrá acordar el cumplimiento de la prisión “cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, de modo que la pena se cumplirá en la parte que determine el órgano judicial, que no podrá ser superior a los dos tercios de su extensión total, cumplida la cual se producirá la expulsión del penado del territorio nacional en sustitución del resto de la pena. La sustitución también se hará efectiva “cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional”, si ello adviene durante el cumplimiento de la parte de pena determinada por el juez o tribunal en su resolución.

3.3. Penas de prisión de duración superior a cinco años, o penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años

El juez o tribunal sentenciador “acordará la ejecución en todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. La norma otorga una amplia discrecionalidad judicial en la determinación de la parte de pena a cumplir, pues no fija un periodo mínimo de tiempo de permanencia en prisión. Igual que en el caso anterior, la sustitución se hará igualmente efectiva cuando el penado acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

4. Excepciones a la aparente imperatividad de la medida

La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en ningún caso debe operar de forma automática, ni siquiera en aquellos supuestos en que el tenor de la norma parece sugerir la existencia de modalidades de expulsión “por ministerio de la ley”, como ocurre cuando el ciudadano extranjero que alcanza en prisión el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional, situación prevista tanto en el apartado 1 como en el 2 del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

El principio general inherente a la norma es manifiestamente favorable a que las penas de prisión de más de un año de duración se sustituyan por expulsión, bien en toda su extensión, bien en una parte de la

misma, pero en ningún caso la Ley impone un ciego automatismo o el deliberado olvido de las particulares circunstancias del delito y del autor.

De una interpretación sistemática de las previsiones del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) cabe inferir la existencia de dos excepciones al régimen imperativo de expulsión judicial del extranjero condenado: la primera, que denominaremos relativa porque no erradica por completo la posibilidad de expulsión, buscará proteger los intereses generales de la sociedad, en forma de necesaria afirmación del ordenamiento jurídico conculcado, mediante la exigencia del cumplimiento de una parte significativa de la misma; la segunda, que calificaremos de absoluta porque excluye toda posibilidad de expulsión, incluso como sustitutivo parcial, trata de precaver cualquier extrañamiento del territorio nacional que resulte objetiva o subjetivamente desproporcionado.



4.1. Excepción relativa o de orden político–criminal

El régimen general favorable a la expulsión sustitutiva queda exceptuado cuando su aplicación resulta, por las circunstancias particulares concurrentes en el caso, inconciliable con el logro de los fines de la pena, a cuyo efecto el art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), en sus apartados 1 y 2, enuncia dos criterios, íntimamente conectados y de inequívoca significación político criminal, que deben ser valorados por el juez o tribunal sentenciador antes de resolver sobre el destino del penado:

a).— La “necesidad de asegurar la defensa del orden jurídico”, esto es, impedir que se produzca el desarme del Derecho Penal mediante la devaluación de los mecanismos de defensa del mismo, entre los que se encuentra, evidentemente, la pena.

Ello quiere decir –y en este punto abunda la jurisprudencia en precedentes– que la decisión judicial no debe ignorar los intereses públicos relativos a la política criminal expresada por la Ley, la naturaleza del hecho delictivo, su gravedad y la realización de los fines de prevención general y especial, por lo que la expulsión no puede ser automáticamente aplicada (SSTS nº 1162/2005, de 11 de octubre [RJ 2005, 9955] ; 1249/2004 de 28 de octubre [RJ 2004, 7050] ; 901/2004, de 8 de julio [RJ 2004, 4291] ; 636/2005, de 17 de mayo [RJ 2005, 5813] ; 1546/2004, de 21 de diciembre [RJ 2004, 8219] ; 1189/2005, de 24 de octubre [RJ 2006, 706] ; 366/2006, de 30 de marzo [RJ 2006, 2130] ; 842/2010, de 30 de septiembre [RJ 2010, 7653]).

b).— La necesidad de “restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”, es decir, evitar la sensación de impunidad que podría instalarse en el conjunto de la sociedad si la expulsión se convierte en una suerte de burladero de la Ley penal. Tal situación de impunidad no sólo anularía la eficacia preventiva y disuasoria de la pena –perspectiva de la prevención general negativa–, sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la ley una inadmisibles sensación de desamparo y de pérdida de confianza en la Ley como medio eficaz para combatir conductas delictivas consideradas socialmente

como graves –perspectiva de la prevención general positiva– (SSTS nº 1189/2005, de 24 de octubre [RJ 2006, 706] ; 245/2011, de 21 de marzo [RJ 2011, 3334] ; 28/2012, de 25 de enero [RJ 2012, 191]).

La expulsión judicial será, en principio, asumible, salvo circunstancias especiales, cuando la pena de prisión impuesta sea susceptible virtualmente de beneficiarse de la suspensión condicional por cumplir los requisitos del art. 80 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que se refieren a penas de duración limitada impuestas a sujetos no peligrosos.

Las condenas de prisión de duración superior a dos años –pena o suma de penas impuestas en la misma sentencia– y no superiores a cinco años serán susceptibles de expulsión sustitutiva cuando sancionen conductas que no presenten por su gravedad intrínseca o por la forma en que han sido ejecutadas rasgos que hagan especialmente necesario el cumplimiento de la pena.

Aunque es obligada la valoración singularizada de cada supuesto, se debe rechazar la sustitución completa de la pena, al menos, en estos casos:

a).– Delitos que llevan en su ejecución o resultado el uso de una violencia o intimidación de especial intensidad: se trataría, en particular, de los delitos de robo con violencia o robo con intimidación en cuya comisión se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos, y las lesiones cualificadas de los arts. 148 a 150 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

b).– Delitos que entrañen vejación, degradación, o ensañamiento sobre la víctima.

c).– Delitos que hayan expuesto a la víctima a un peligro concreto y grave para su vida o integridad física o psíquica; se tomarán igualmente en consideración las necesidades de protección que presente la víctima.

d).– Delitos que afectan a bienes jurídicos personales especialmente valiosos, como la inviolabilidad del domicilio cuando forma parte de cualquier modalidad de robo en casa habitada, la libertad personal o la libertad e indemnidad sexuales.

e).– Delitos que ven intensificada su culpabilidad por recaer sobre víctima desamparada por razones de edad (menores y ancianos), discapacidad y situación concreta de vulnerabilidad.

f).– Delitos cualificados en su peligrosidad por el hecho de ser cometidos por medio de o en el seno de una organización o grupo criminal, especialmente cuando presenten conexiones transnacionales.

g).– Delitos que teniendo asignada en la correspondiente figura penal una pena base mínima de prisión superior a cinco años hayan sido castigados con pena igual o inferior a dicha extensión en virtud de las reglas de aplicación de las penas establecidas en los arts. 61 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

h).– Delitos contra la salud pública que excedan el mero menudeo de pequeñas cantidades de sustancia ilícita. En este punto procede seguir el criterio consagrado por la Sala 2ª del TS que, de forma sistemática, y exceptuados los casos de venta al por menor o de relevancia menor, ha señalado la improcedencia de la expulsión sustitutiva de la pena en su integridad atendida la inequívoca gravedad de la conducta y el estímulo que representaría la sustitución para la proliferación de tales actividades (SSTS nº 172/2006, de 17 de febrero [RJ 2006, 4464] y 853/2010, de 15 de octubre [RJ 2010, 8151], entre otras).

Cuando la pena o penas de prisión impuestas en sentencia exceden de cinco años de duración, supuesto del art. 89.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), la excepción relativa o de política criminal demanda otra lectura, pues el supuesto ya atiende a delitos de singular gravedad en los que la pena habrá de cumplirse, en todo o en parte, quedando la discrecionalidad judicial limitada a la determinación de la porción mínima de cumplimiento que se estima necesaria para expresar el reproche que merece el delito o delitos cometidos, antes de proceder a la expulsión del extranjero.

La excepción de política criminal lleva a exigir el cumplimiento total de la pena y se aplicará, por lo tanto, a supuestos especialmente cualificados. Tales son: la delincuencia organizada (especialmente cuan-

do cuenta con conexiones transnacionales), actos que afecten seriamente a la seguridad exterior o interior del Estado o al funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, así como los ataques más graves a bienes jurídicos personales susceptibles de generar un grave sentimiento de inseguridad en la sociedad (entre los cuales hemos de incluir todo delito que lleve aparejada la nueva pena de prisión permanente revisable).

Debemos recordar que la pena también se sustituye por expulsión cuando el penado acceda al tercer grado de clasificación o a la libertad condicional (inciso final del art. 89.2 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]). Esta posibilidad sólo desaparece cuando la expulsión del territorio nacional sea manifiestamente desproporcionada en atención a las circunstancias personales del reo, como se indicará en el siguiente apartado.

Debemos descartar la posibilidad de que el extranjero a quien no se expulsa por la necesidad de afirmar el ordenamiento jurídico pueda eludir el ingreso en prisión acogiéndose a la suspensión condicional de la pena en los términos de los arts. 80 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). La razón de ello no radica tanto en el hecho de que el art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) lo prohíba expresamente –aunque tal prohibición existía en el texto anterior a la reforma operada por la LO 5/2010 (RCL 2010, 1658)– como porque el fundamento de la denegación de la sustitución de la pena por expulsión –la gravedad del hecho, las exigencias de prevención general– obliga a solicitar el cumplimiento de la condena impuesta por falta de presupuestos para la suspensión. Una solución distinta resultaría incongruente.

4.2. Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada

Dice el art. 89.4 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), en su primer párrafo, que “no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”, lo que resulta congruente con la afirmación del Preámbulo de la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) de que “la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida”.



La proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado. Esta excepción excluye tanto la sustitución total como parcial de la pena de prisión: a ello obedece que el Preámbulo diga que en los términos de la sustitución penal la proporcionalidad opera “en todos los casos”. El arraigo personal del extranjero, además, compromete derechos del más alto rango, como el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836) y el derecho a la vida privada y familiar en la formulación del art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572, de los que no puede ser privado sin una sólida justificación.

Dice el art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572 :

“1.– Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2.– No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa

del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.



Con mayor motivo, será desproporcionada y no se aplicará la expulsión en aquellos casos en que la repatriación del penado comprometa su vida o integridad por las circunstancias del propio penado y de su país de origen (SSTS nº 791/2010, de 28 de septiembre [RJ 2010, 7636] y 853/2010, de 15 de octubre [RJ 2010, 8151]).

La correcta intelección de la excepción de proporcionalidad se facilita al incorporar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) que extrae del art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572 una rica y variada casuística en la que se fijan los límites de la expulsión gubernativa o judicial. De dicha doctrina podemos inferir algunas líneas maestras que los Sres. Fiscales deberán atender en el manejo de la expulsión como sustitutivo de la prisión, como son:

a).– El tiempo de residencia en suelo español del penado: a mayor tiempo, mayor arraigo cabrá esperar en razón de los vínculos sociales, laborales y familiares que habrá establecido. El arraigo será la norma en los residentes legales, pues la concesión de las autorizaciones administrativas se condiciona normalmente a la existencia de un contrato de trabajo, o de fuentes de ingresos suficientes para garantizar su autonomía económica, que generan un círculo virtuoso de integración activa en el tejido social del país de acogida que la condena penal sólo debe romper si la naturaleza y circunstancias del delito lo hacen estrictamente imprescindible para salvaguarda la seguridad y el orden interior.

No obstante, comoquiera que es posible que un residente legal no haya llegado a establecer vínculos efectivos con el país de acogida, no es posible establecer una presunción general de arraigo, por lo que habrán de ser examinados caso a caso.

b).– El tipo de migrante: hay situaciones de asentamiento prolongado que convierten al inmigrante en un ciudadano efectivo del país:

Inmigrantes de segunda generación: son los hijos de inmigrantes que han nacido y vivido toda su vida en España manteniendo la nacionalidad de sus progenitores; es posible que no conserven relación alguna con el país de origen, no sepan desenvolverse con fluidez en el idioma de sus progenitores y hayan desarrollado todas sus relaciones sociales, culturales y afectivas, incluido el matrimonio, en nuestro país. En estas circunstancias –al margen de su nacionalidad formal– es lo cierto que materialmente nos hallamos ante verdaderos ciudadanos del país de acogida, y extranjeros en su país de origen.

Inmigrantes llegados en la infancia o durante su juventud que durante la mayor parte de su existencia hubieran permanecido en España, donde han sido escolarizados y, en general, establecido sus lazos familiares y sociales. En ellos concurren circunstancias similares a los anteriores no conservando con su país natal nada más que el simple lazo de la nacionalidad.

c).– El estado de salud: la expulsión no debe implicar nunca un riesgo añadido en este aspecto. Será desproporcionada, pues, la expulsión del extranjero que se encuentre en un estado físico o psíquico de tal entidad que la aplicación de la medida le deje en situación de grave vulnerabilidad o agrave su situación (STEDH 13 de julio de 1995 [TEDH 1995, 23], Nasri contra Francia).

d).– La situación familiar: no es proporcionada –salvo que concurran circunstancias muy poderosas– la expulsión de un extranjero que tenga establecida su familia en España si sus miembros guardan relaciones estables de convivencia o dependencia. Para el TEDH “excluir a una persona de un país donde viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el respeto al derecho de la vida privada y familiar, protegida por el art. 8.1 de la Convención (RCL 1999, 1190, 1572 “ (STEDH 11 de octubre de 2011 [JUR 2011, 355365], Emre contra Suiza).

Debe tratarse, en todo caso, de relaciones con parientes próximos: cónyuge o pareja de hecho, hijos, padres o hermanos (STEDH 17 de febrero de 2009 [JUR 2009, 58365], Onur contra el Reino Unido), sin descartar otros parientes en situación de dependencia material del penado (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE [LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364]).

Deben ser relaciones genuinas, que entrañen convivencia o asistencia material, para cuya acreditación no basta la alegación de un vínculo formal (SSTEDH 30 de noviembre de 1999 [TEDH 1999, 61], Baghli contra Francia; 11 de julio de 2002 [JUR 2002, 181196], Amrollahi contra Dinamarca; 13 de febrero de 2001 [TEDH 2001, 85], Ezzouhdi contra Francia; 17 de abril de 2003 [TEDH 2003, 18], Yilmaz contra Alemania; y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Debe haber una relación de convivencia real y estable, no basta alegar la existencia de una relación de parentesco. No se encuentra en esta situación quien es soltero, no tiene hijos, y no ha demostrado mantener relaciones estrechas ni con sus padres ni con sus hermanos y hermanas que habitaban en el país de acogida (STEDH de 30 de noviembre de 1999 [TEDH 1999, 61], Baghli contra Francia).



No basta con demostrar la existencia formal del matrimonio, es preciso que se acrediten otros factores que pongan en evidencia la efectividad de la vida en familia de la pareja (STEDH de 11 de julio de 2002 [JUR 2002, 181196], Amrollahi contra Dinamarca); no es suficiente probar que se tienen hijos residentes en el país receptor, es preciso que haya constancia de una efectividad de relaciones paterno filiales (SSTEDH de 7 de noviembre de 2000, Kwattie–Nti y Dufie contra Países Bajos; de 13 de febrero de 2001 [TEDH 2001, 85], Ezzouhdi contra Francia; de 17 de abril de 2003 [TEDH 2003, 18], Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

Es preciso considerar no sólo la situación familiar del penado en el momento en que se dicta sentencia, sino también en el momento en que se ejecuta la decisión de expulsión, si entre ambos ha transcurrido un periodo de tiempo relevante. Así lo entendió el TEDH en un caso en que la ejecución de la medida se demoró cuatro años debido a la tardanza en resolver por la autoridad competente el recurso interpuesto contra su expulsión por el afectado, “por no ser admisible echar la culpa al demandante de haber recurrido

la resolución de expulsión (...) ni reprocharle ni imputarle la duración del procedimiento del recurso contra tal resolución” (STEDH de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

e).– El impacto de la medida en los miembros del núcleo familiar del penado: deben valorarse, igualmente, los efectos negativos que la expulsión produciría como consecuencia de la separación de los componentes del grupo familiar. En concreto, la imposibilidad o dificultad de acompañamiento. Si los familiares íntimos del extranjero se ven precisados a seguirle en su extrañamiento también ellos sufren la expulsión (STEDH 10 de abril de 2003 [JUR 2004, 73104], caso Mehemi contra Francia); y si no pueden seguirle, se verán imposibilitados para ejercer de forma efectiva el derecho a la vida privada y familiar que les reconoce el art. 8.1 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572. Por ello, aunque las dificultades de los cónyuges e hijos para acompañar al expulsado por sí mismas no son motivo suficiente para excluir la expulsión (STEDH 11 de julio de 2002 [JUR 2002, 181196], Amrollahi contra Dinamarca), deben ser necesariamente incorporadas al juicio de proporcionalidad (STEDH 2 de agosto de 2001 [TEDH 2001, 502], Boultif contra Suiza), sobre todo cuando la separación es inevitable al no existir la posibilidad de instalarse juntos en un tercer país (SSTEDH 11 de julio de 2002 [JUR 2002, 181196], Amrollahi contra Dinamarca y 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia).

También se valora la relación dependencia. Para poder reconocer la existencia de arraigo familiar no es suficiente con probar la permanencia en el Estado de acogida de familiares más próximos, es preciso acreditar la existencia de relaciones reales y efectivas de vida familiar, incluso de mutua dependencia.

Para valorar el grado de dependencia es necesario tener en cuenta la edad de los hijos (STEDH de 2 de febrero [sic] de 2001 [TEDH 2001, 502], Boultif contra Suiza) y las condiciones adicionales de dependencia. Cuanto de menor edad sean los hijos, más necesitados estarán de asistencia familiar.

Del mismo modo, la relación de dependencia se acentuará en caso de que el expulsado adolezca de un precario estado de salud (STEDH de 12 de enero de 2010 [JUR 2010, 6513], Khan contra el Reino Unido) o padezca de deficiencias físicas o psíquicas que solo pudieran ser atemperadas por la atención y cuidados de sus más allegados, o cuando la familia fuera el lugar idóneo donde encontrar un mínimo de equilibrio psicológico y social (STEDH de 13 de julio de 1995 [TEDH 1995, 23], Nasri contra Francia).

f).– Vinculación del afectado con el país de donde procede. Por fin, otro de los factores delimitadores del arraigo familiar en el país de acogida lo constituye la intensidad de los vínculos del afectado con su nación de origen. En efecto, el arraigo familiar no solo exige el dato positivo de que el núcleo familiar más próximo permanezca en el Estado de acogida, sino también el negativo de carecer de lazos sociales, culturales o familiares con su país de origen (SSTEDH 18 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 3], Moustaquin contra Bélgica; de 26 de septiembre de 1997 [TEDH 1997, 80], Mehemi contra Francia; de 17 de abril 2003 [TEDH 2003, 18], Yilmaz contra Alemania; de 15 de julio de 2003, Mokrani contra Francia; de 12 de enero de 2010 [JUR 2010, 6513], Khan contra el Reino Unido).

Al margen de las circunstancias del hecho y la existencia de arraigo hay que tomar en consideración otras circunstancias personales que pueden afectar al juicio de proporcionalidad. En concreto hay que valorar el riesgo actual de que el extranjero sometido a expulsión pueda quebrantar el orden o seguridad pública. Para ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora el comportamiento observado desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH de 11 de julio de 2002 [JUR 2002, 181196], Amrollahi contra Dinamarca), el tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH de 18 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 3], Moustaquin contra Bélgica), o desde su excarcelación si cumplió pena privativa de libertad, pues el transcurso de un significativo periodo de buena conducta con posterioridad a la comisión del delito necesariamente tiene un impacto en el riesgo que el recurrente supone para la sociedad (STEDH de 12 de enero de 2010 [JUR 2010, 6513], Khan contra el Reino Unido).

No se puede cerrar el análisis de la proporcionalidad sin recordar que el art. 89.4, 1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) también alude a las circunstancias del hecho como elemento integrante del juicio de ponderación, por lo que la gravedad intrínseca del delito y la relevancia de los bienes jurídicos afectados tendrán igualmente un peso específico en la decisión; por ello, cuando el delito afecte de modo grave a la seguridad interior o exterior del Estado, y genere un sentimiento de inseguridad y zozobra en la población, pudiera no ser desproporcionada la expulsión sustitutiva del ciudadano extranjero aunque hubiera acreditado una situación de arraigo personal.

En los casos en que el arraigo personal haya sido el fundamento de la inaplicación de la expulsión sustitutiva, será posible valorar la pertinencia de la suspensión condicional de la pena en cualquiera de las modalidades previstas en los arts. 80 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). La razón de ello radica en que la expulsión no se descarta por exigencias de prevención general o de afirmación del ordenamiento jurídico, sino para evitar la lesión de los derechos del condenado a la vida privada y familiar. La ejecución penitenciaria de la pena no constituye, por tanto, una alternativa obligada, sino que habrá de estarse a la gravedad del hecho. De este modo, rige el principio de igualdad de tratamiento del extranjero respecto de los penados de nacionalidad española, quedando expedito su acceso a las alternativas al cumplimiento de la prisión previstas en nuestro CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), si cumple los requisitos necesarios para ello.



5. Restricciones derivadas del estatuto jurídico que ampara a ciertos extranjeros

5.1. Ciudadanos de la UE y asimilados

5.1.1. Régimen general

El art. 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (RCL 2009, 2300), confiere a todo ciudadano de la UE “un derecho primario e individual de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

Es un derecho originario, no absoluto, de configuración legal, sometido a las limitaciones previstas en la Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364), que en España transpone el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero (RCL 2007, 407), sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RCL 1994, 943).

En concreto, las restricciones al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos fueron reguladas en el Capítulo VI (arts. 15 y siguientes). En este sistema, las resoluciones que acuerdan la expulsión del ciudadano comunitario –que, además no es considerada una sanción administrativa en sentido propio, según la dicción del art. 129.1 y 2 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (STSJ Castilla y León nº 1024/2015, de 29 de mayo [JUR 2015, 155066])– están sometidas al derecho administrativo y al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Los ciudadanos de la UE, en concordancia con el régimen comunitario, reciben un tratamiento específico en el párrafo segundo del art. 89.4 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que dice que la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el

orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Cuando el Legislador se refiere a “ciudadano de la Unión Europea”, alude a todo aquel a quien le es aplicable el régimen de la Unión Europea, lo que comprende a los nacionales de Estados asimilados y a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de la UE.

Al día de hoy, son ciudadanos de la UE los nacionales de Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania y Suecia.

Tienen el mismo régimen jurídico los nacionales de los estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo hecho en Bruselas el 17 de marzo de 1993 (RCL 1994, 943), esto es, Noruega, Islandia y Liechtenstein. También se aplica a los ciudadanos suizos en virtud del Acuerdo suscrito el 21 de junio de 1999 (RCL 2002, 1555) entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza.

Los arts. 21 y siguientes de la Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364) extienden el ámbito de aplicación del régimen comunitario de la expulsión a los nacionales de terceros países que sean miembros de la familia del ciudadano de la Unión Europea que le acompañen o se reúnan con él (art. 3).



Tomando en consideración lo previsto en los arts. 2 y 3 de la Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364), la jurisprudencia del TJUE y las orientaciones de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [COM (2009) 313, final] habrán que seguirse las siguientes reglas exegéticas:

Primero, sólo son beneficiarios del régimen comunitario los miembros de la familia que acompañen o se reúnan con cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a un Estado diferente del que es nacional (STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11). Por ello, los miembros de la familia de un ciudadano español que siempre ha residido en España están excluidos del régimen comunitario previsto en el art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Su relación con el ciudadano español deberá ser valorada en el ámbito del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, cuando el ciudadano español ha residido en otro Estado comunitario donde ha formado su familia y vuelve a España a residir, sus familiares están comprendidos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario (SSTJUE Asunto C-370/90 [TJCE 1992, 135] Singh, Asunto [TJCE 2007, 356] C-291/05 Eind, Asunto C-60/00 [TJCE 2002, 222] Carpenter).

Segundo, están comprendidos los cónyuges que han contraído matrimonio válido y las parejas unidas por una relación estable o duradera de afectividad cuando la relación y su estabilidad hayan sido acreditadas por cualquier medio de prueba. No son válidos por ser contrarios al orden público español los matrimonios polígamos (STEDH de 6 de enero de 1992, Alilouch El Abasse contra Países Bajos), los fraudulentos y los matrimonios forzados.

Tercero, están comprendidos: a) los ascendientes que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge; b) los descendientes menores de veintiún años; c) los descendientes mayores de esa edad que se encuentren a cargo del ciudadano comunitario o de su cónyuge; d) los hijos adoptivos y los sometidos a tutela de un ciudadano comunitario; y, e) otros miembros de la familia sin limitación de grado o línea que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión o, en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

Cuarto, un miembro de la familia es dependiente o se halla a cargo del ciudadano de la Unión o de su pareja, cuando de hecho recibe el sostén material de su familiar (Asunto C-316/85 Lebon). La dependencia debe ser material (mantenimiento), debiendo descartarse la dependencia emocional (Asunto C-200/02 [TJCE 2004, 303] Zhu y Chen).

Se trata de una situación de hecho que nada tiene que ver con el derecho a recibir o no alimentos según la legislación civil (Asunto C-1/2005 [TJCE 2007, 1] Jia).

La dependencia será valorada caso a caso, debiéndose probar si, habida cuenta de sus circunstancias personales, los medios económicos de los miembros de la familia les permiten vivir al nivel mínimo de subsistencia en su país de residencia habitual (Asunto C-1/05 [TJCE 2007, 1] Jia). Cualquier medio de prueba sobre la dependencia es admisible (Asuntos C-215/03 [TJCE 2005, 44] Oulane y C-1/05 [TJCE 2007, 1] Jia).

Recientemente, el RD 987/2015, de 30 de octubre (RCL 2015, 1785), ha modificado el RD 240/2007 (RCL 2007, 407), para introducir un art. 2 bis que incorpora el concepto de familia extensa previsto en el art. 3.2 de la Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364) en virtud del cual se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones de este Real Decreto a los miembros de la familia de un ciudadano de la UE o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (RCL 1994, 943) que, no estando comprendido en los supuestos del art. 2, se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

1º.— Que en el país de procedencia esté a su cargo o vivan con él.

2º.— Que por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

También se incluye la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, debidamente probada.

Los ciudadanos de la UE y asimilados sólo pueden sufrir la medida judicial de expulsión sustitutiva del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) si representan una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública de nuestro país. Una amenaza de menor intensidad quedaría extramuros del ámbito de aplicación del art. 89.4, 2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sin perjuicio de las consecuencias que puedan derivarse en el plano administrativo de la aplicación de los arts. 15 y ss. del RD 240/2007, de 16 de febrero (RCL 2007, 407) (Capítulo VI, “limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública”).

En síntesis, podría condensarse el sistema de la siguiente manera:

Primero: la expulsión sólo puede adoptarse por razones de orden público o seguridad pública (art. 28 Directiva [LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364]). Estarían excluidas las razones de salud pública que podrían ser tomadas en consideración para restringir el derecho de libre circulación pero no el de residencia.

La seguridad pública es un concepto jurídico indeterminado que abarca tanto la seguridad interior como la exterior del Estado. Según la doctrina del TJUE el concepto de seguridad pública comprende:

La seguridad interior y la seguridad exterior del Estado (Asuntos C-273/97 [TJCE 1999, 250] Sirdar, C-423/98 [TJCE 2000, 179] Albore, C-285/98 [TJCE 2000, 2] Kreil, C-186/01 [TJCE 2003, 91] Dory, Asunto C-145/09 [TJCE 2010, 354], Asunto C-348/09 [TJCE 2012, 119]).

La STJUE 4/6/2013 (TJCE 2013, 149) (Asunto C-300/11) expresamente considera atentatorio de la seguridad pública la pertenencia a grupos terroristas.

El tráfico de estupefacientes mediante banda organizada en la medida que como declara la Decisión marco 2004/757/JAI (LCEur 2004, 3204) del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, representa una amenaza para la salud, la seguridad y la calidad de la vida de los ciudadanos de la Unión, así como para la economía legal, la estabilidad y la seguridad de los Estados miembros (STJUE 23/11/2010 [TJCE 2010, 354], Asunto C-145/09).

Los abusos sexuales y explotación de menores constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves (STJUE 22/5/2012 [TJCE 2012, 119], Asunto C-348/09).



El concepto de orden público, por su parte, comprende cualquier alteración del orden social que implique necesariamente la infracción de una ley que constituya “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” (STJUE [Sala 4ª] de 17 de noviembre de 2011 [TJCE 2011, 364], [Asunto C-430/10]).

Segundo: La amenaza debe ser actual, es decir, presente en el momento en que se toma la decisión de aplicarle la medida de expulsión y subsistente

La amenaza debe ser real y no meramente especulativa no pudiendo justificarse simplemente por un riesgo general. Por ello la amenaza no puede fundarse en la existencia de antecedentes penales salvo que se infiera razonablemente la probabilidad de reincidencia (Asunto 30/77 Bouchereau, Asuntos C-482/01 y C-493/01 [TJCE 2004, 166] Orfanopoulos y Oliveri y Asunto C-50/06 [TJCE 2007, 128] Comisión contra Países Bajos). Una posibilidad remota de comisión de nuevos delitos no es suficiente (Asuntos C-482/01 y C-493/01 [TJCE 2004, 166] Orfanopoulos y Oliveri).

Por tanto la existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar la expulsión.

La amenaza debe ser actual y constante tanto en el momento de adoptarse como cuando es revisada (Asuntos C-482/01 y C-493/01 [TJCE 2004, 166] Orfanopoulos y Oliveri). Por ello, la STJUE 22/5/2012 (TJCE 2012, 119) (Asunto C-348/09) declara (apartado 31) que “cuando una orden de expulsión del territorio se imponga como pena o medida accesoria a una pena de privación de libertad pero se ejecute más de dos años después de haberse dictado, el art. 33, apartado 2, de la Directiva 2004/38 (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364) obliga al Estado miembro a comprobar la actualidad y realidad de la amenaza

en el momento de su cumplimiento (art. 27.2 Directiva 2004/38/CE [LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364]).

La expulsión, por lo tanto, no podrá fundarse solamente en consideraciones de defensa del orden público o de la seguridad ciudadana, sino en la conducta personal del interesado acreditativa de que constituye esa amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Asuntos C-33/07 [TJCE 2008, 156] Jipa, C-503/03 [TJCE 2006, 29] Comisión contra España, Asunto C-145/2009 [TJCE 2010, 354], Asunto C-340/2010 [TJCE 2012, 53]).

Se trata de criterios acumulados que deben ser valorados conjuntamente. Significadamente, habrá que tener en cuenta que:

Debe basarse en un examen individual de cada caso concreto (Asunto C-145/2010 [sic] [TJCE 2010, 354]).

Está vedada la adopción de la expulsión por razones de prevención general (Asunto 67/74 Bonsignore, Asunto C-340/2010 [TJCE 2012, 53]).

No pueden fundarse en la sola comisión del delito (Asuntos C-348/96 [TJCE 1999, 2] Calfa, Asunto 67/74 Bonsignore, Asunto C-340/2010 [TJCE 2012, 53]).

Están proscritas las expulsiones automáticas (Asunto C-408/03 [TJCE 2006, 83] Comisión contra Bélgica).

para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y a examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

En determinadas circunstancias, la pequeña delincuencia persistente puede representar una amenaza para el orden público, a pesar de que un delito o infracción particular, individualmente, no baste para representar una amenaza suficientemente grave según la definición anterior (Asunto C-349/06 [TJCE 2007, 257] Polat).

Tercero: la expulsión deberá ajustarse al principio de proporcionalidad, que exige la valoración conjunta de las circunstancias del hecho cometido como las personales del autor. Conforme al art. 28.1 de la Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364) antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

El juicio de proporcionalidad se ajusta al establecido –con carácter general– en el art. 89.4 párrafo primero del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) ya analizado. No obstante, siguiendo las recomendaciones de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo [COM (2009) 313, final] puede precisarse que el principio de proporcionalidad habrá respetar las siguientes reglas:

1ª) Habrá de tomar en consideración las características de la amenaza teniendo en cuenta la entidad de los bienes jurídicos ofendidos por el delito enjuiciado. En particular el carácter y la gravedad de la infracción cometida (Asunto C-145/09 [TJCE 2010, 354]).

2ª) Habrá que ponderar el grado de peligro social resultante de la presencia de la persona en cuestión en el territorio de ese Estado miembro.

3ª) Se valorará la naturaleza de las actividades delictivas, su frecuencia, peligro acumulativo y daños causados.

4ª) Se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito (Asunto C-145/09 [TJCE 2010, 354]) y el comportamiento de la persona en cuestión, la buena conducta en prisión y la posible libertad condicional.

Es doctrina del TJUE que la expulsión no puede poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redundará en interés no sólo de este último, sino también de la Unión Europea en general (STJUE 23/11/2010 [TJCE 2010, 354], Asunto C-145/09).

5ª) Se analizará que la expulsión no vaya más allá de lo estrictamente necesario para lograr el objetivo perseguido de protección del orden público, valorando la posibilidad de aplicar medidas menos restrictivas para lograr ese objetivo.

6ª) Debe valorarse con precisión la situación personal y familiar del condenado:

a) El impacto de la expulsión en la situación económica, personal y familiar del individuo y sus miembros familiares;

b) En especial el respeto de la vida privada y familiar. Como afirma la STJUE 15/11/2011, Asunto C-256/11 conviene recordar con carácter previo que el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...), referido al derecho al respeto de la vida privada y familiar, contiene derechos equivalentes a los garantizados por el art. 8, apartado 1, del CEDH (RCL 1999, 1190, 1572, y que, por consiguiente, debe darse al art. 7 de la Carta el mismo sentido y el mismo alcance que los conferidos al

art. 8, apartado 1, del CEDH (RCL 1999, 1190, 1572, tal como lo interpreta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto C-400/10 [TJCE 2010, 432], PPU).

c) La gravedad de las dificultades a que el cónyuge o pareja y cualquiera de sus hijos se enfrentarían en el país de origen de la persona en cuestión.

d) La importancia de los vínculos –o la falta de vínculos– (parientes, visitas, conocimientos lingüísticos) con su país de origen y con el Estado miembro de acogida (por ejemplo, si la persona en cuestión nació en el Estado miembro de acogida o vivió allí desde una edad temprana). Esto es, la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado miembro de acogida (Asunto C-145/09 [TJCE 2010, 354]).

e) La duración de la residencia en el Estado miembro de acogida (Asunto C-145/09 [TJCE 2010, 354]).

f) La edad y estado de salud. Cuarto: de conformidad con el principio de no discriminación, no es admisible la expulsión respecto de aquellos comportamientos que, cuando lo realizan sus propios nacionales, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento (Asuntos 115/81 Adoui y Cornuaille y C-268/99 [TJCE 2001, 314] Jany).

5.1.2. Régimen especial para ciudadanos de la UE residentes durante más de diez años

La protección de los ciudadanos de la UE se intensifica –con la consecuente restricción de las posibilidades de expulsión– cuando llevan residiendo en el Estado de acogida más de diez años, pues en tal caso sólo pueden ser expulsados si concurren “motivos imperiosos de seguridad pública” que los Estados miembros definirán en su normativa interna [art. 28.3, a) Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364)].

La LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) ha definido los motivos imperiosos de seguridad pública en estos términos (art. 89.4, 3 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]):

“Si (el ciudadano de la UE) hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal”.

La redacción del primer inciso del art. 89.4,3 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) “procederá la expulsión cuando además” debe interpretarse teleológicamente. Lo que pretende expresar el Legislador es que cuando el ciudadano de la UE ha residido durante los diez años anteriores sólo será admisible la expulsión cuando, además de representar una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, haya sido condenado por alguno de los delitos que a continuación se enumeran en las letras a) y b).

El tenor de la norma no deja margen de duda: fuera de estos supuestos, la expulsión de un ciudadano de la UE o asimilado a su régimen deberá descartarse. La norma exige que el sujeto haya sido condenado por alguno de los delitos de la letra a) y que, además, en el momento del enjuiciamiento siga representando un peligro para la sociedad por apreciarse la probabilidad de que vuelva a incurrir en tales delitos. Esta exigencia debe extenderse a los supuestos de la letra b), pues el peligro que exige el derecho de la UE para alzar la protección de sus ciudadanos frente a la expulsión ha de ser siempre actual.

5.1.3. Improcedencia de aplicar la expulsión sustitutiva completa a ciudadanos de la Unión Europea

El párrafo cuarto del art. 89.4 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) dice que “en estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo”. Esta remisión, con la consiguiente imposibilidad de acordar la sustitución completa de la pena de prisión, debe aplicarse no sólo a los casos especiales del párrafo tercero del art. 89.4 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) (ciudadanos de la UE con más de diez años de residencia en España), sino también a los casos del párrafo segundo, pues en la medida en que el ciudadano de la UE debe representar un peligro grave y actual para la seguridad o el orden público españoles, razones elementales de prevención general y de afirmación del ordenamiento jurídico demandarán el cumplimiento en prisión de una porción de la condena suficiente para expresar el reproche social que merece la conducta.

5.2. Otros extranjeros sometidos a régimen especial

5.2.1. Apátridas

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (1954) (RCL 1997, 1709) en su art. 31.1 admite la expulsión de los apátridas cuando concurran “razones de seguridad nacional o de orden público”. Una vez acordada tienen derecho a que se les conceda “un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país”. Este régimen jurídico ha sido incorporado al derecho español por el art. 18 del RD 865/2001, de 20 de julio (RCL 2001, 1809, 2769), por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida, estableciendo que:

“1. Los apátridas podrán ser expulsados del territorio español en los términos previstos en el art. 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (RCL 1997, 1709) y con arreglo al procedimiento establecido en la legislación de extranjería.

2. En todo caso, se concederá al expulsado el plazo máximo que establece la legislación de extranjería, en los casos de expulsión, para buscar su admisión legal en otro país”.

Al suprimirse por el art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) la referencia a la residencia legal en España del extranjero, nada impide que el juez o tribunal del orden penal pueda ordenar la expulsión del apátrida en sustitución de la pena de prisión que le haya impuesto, aunque esto sólo será admisible cuando el apátrida represente un peligro efectivo para la seguridad o el orden público españoles.

La única especialidad es que se le deberá ofrecer un plazo de 30 días prorrogables (el máximo previsto en el art. 63 bis LOEX [RCL 2000, 72, 209]) en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto para que el condenado pueda gestionar su admisión legal en otro país. En el caso de que no sea hallado un país de acogida, habrá que entender que la expulsión ha devenido imposible y, en consecuencia, se procederá a exigir el cumplimiento de la pena impuesta o, si es el caso, a valorar la concesión de su suspensión condicional.

5.2.2. Asilados y protegidos internacionalmente

El art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) resulta inaplicable a los extranjeros que han obtenido protección internacional al amparo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre (RCL 2009, 2051), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, pues éstos no pueden ser expulsados sin un acto previo de revocación de su estatuto en los casos y por el procedimiento establecido en sus arts. 44 y 45. Aunque el art. 44.1, c) dispone, en particular, que constituye causa de revocación que la persona beneficiaria “constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad”, la condena penal podrá servir, todo lo más, de antecedente para la incoación por la Oficina de Asilo y Refugio del correspondiente expediente para la reconsideración del estatuto de protección, el cual ha de pasar por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio y ser resuelto por el Ministerio del Interior.

5.2.3. Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse

Los extranjeros que residen en España y estén en posesión de un documento identificativo de los previstos en el art. 34.2 LOEX (RCL 2000, 72, 209) –concedido tras haber acreditado que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país si desea ser documentado por España– aunque no se encuentran excluidos del régimen general del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), es prácticamente seguro que no podrán ser expulsados. En estos casos, esta circunstancia se tendrá especialmente en cuenta a la hora de argumentar sobre la pertinencia de la sustitución.

6. Tiempo y forma de la resolución judicial

La decisión de expulsión debe adoptarse en la propia sentencia, según exige el art. 89.3 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Si ello no es posible, el juez o tribunal debe pronunciarse con la mayor urgencia en auto posterior.

La celeridad en la decisión no ha de cercenar el necesario debate entre las partes sobre la pertinencia y legalidad de la medida. La doctrina del TS es uniforme en el sentido de exigir en todo caso un debate contradictorio, ya sobre la expulsión, ya sobre el cumplimiento de la condena. No es suficiente con que el extranjero sea oído formalmente en relación con los hechos objeto de acusación al prestar declaración en el juicio ni tampoco cuando se le concede la última palabra (STS nº 17/2002, de 21 de enero [RJ 2002, 5756]).

Por lo tanto, aunque el art. 89.3 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) sólo exige previa audiencia del Fiscal y de las partes sobre la concesión o no de la sustitución de la pena cuando la misma se dirime en auto posterior a la sentencia, las mismas exigencias de contradicción deben observarse cuando la decisión se adopta en la sentencia conclusiva del proceso.

El Juez o Tribunal resolverá normalmente ante una petición expresa del Fiscal o de alguna de las acusaciones, evacuada en fase de calificación provisional o definitiva. El extranjero debe ser puntualmente informado de la petición, y debe ser oído, dándole la oportunidad de alegar y probar lo que estime más pertinente en defensa de sus intereses, sea a favor o en contra de la expulsión.

Como norma general, el Fiscal fijará su posición en el escrito de calificación provisional con el fin de facilitar la defensa contradictoria del acusado. En la conclusión primera –no en el encabezamiento– hará constar junto a los datos de filiación del acusado, su nacionalidad y su situación de residencia, legal o ilegal y cuantos elementos, fácticos y jurídicos –p. e., resoluciones administrativas que definan su estatuto jurídico– puedan ser de interés relevante para valorar su situación.

En la conclusión quinta se incluirá la petición expresa de que la pena o penas solicitadas se sustituyan por expulsión del territorio nacional, con especificación del alcance que habrá de tener la medida –total o parcial, y en este caso porción de la pena que habrá de cumplir–. También solicitará que se acuerde la expulsión cuando el penado sea clasificado en tercer grado o le sea concedida la libertad condicional, a los efectos de que en la sentencia –o auto posterior– conste expresamente que se ha adoptado tal decisión.

Si el Fiscal estima que no es procedente la expulsión, lo indicará también de forma expresa en la conclusión quinta. Si el motivo radica en la posible desproporción de la medida por arraigo del acusado las circunstancias y elementos en los que se sustenta tal juicio deberán ser someramente indicados en la conclusión primera.

La decisión sustitutoria forma parte del contenido de la sentencia. Sólo con carácter excepcional, cuando no resulte posible, es admisible acordarla mediante el correspondiente auto en momento posterior (una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena) (art. 89.3, inciso final CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]).

Al haberse extendido el ámbito subjetivo de aplicación a todos los extranjeros han desaparecido muchos de los obstáculos que imposibilitaban una decisión en el momento de dictarse la sentencia. En efecto, toda la problemática relativa a la prueba de la residencia regular o irregular del extranjero ha desaparecido.

Sin embargo, es evidente que pueden surgir imponderables que impidan la práctica adecuada durante el plenario de la prueba de hechos o circunstancias que pudieran condicionar la expulsión a pesar de haber sido alegados pertinentemente por cualquiera de las partes. Esta posibilidad comúnmente se producirá en los juicios celebrados en ausencia del acusado o cuando se tramitan en el propio servicio de guardia (enjuiciamiento inmediato).

En estos casos es posible que el Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia ordene la apertura de un incidente en la ejecutoria, en el que tras ser oído el penado, el Ministerio Fiscal y en caso de haberlas, las demás partes personadas, decida lo que proceda mediante auto.

Los autos dictados en este trámite serán recurribles en apelación (arts. 790 a 792 y 846 ter LECrim [LEG 1882, 16] [conforme a la Ley 41/2015]), siguiendo la doctrina de la STS nº 531/2010, de 4 de junio (RJ 2010, 6640), que considera estos pronunciamientos parte integrante de la propia resolución condenatoria.

7. Definición del plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español

Todo extranjero que resulte condenado en sentencia firme a pena de prisión de duración superior a un año va a ser objeto en un momento o en otro de expulsión sustitutiva –como alternativa a su ejecución o durante su cumplimiento–, salvo que el juez o tribunal haya declarado en sentencia que la medida resulta desproporcionada por sus circunstancias personales de arraigo ex art. 89.4, 1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

El art. 89.5 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en su versión anterior a la reforma permitía supeditar la expulsión, como sustitutivo parcial, a la obtención del tercer grado de clasificación o al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, como una facultad discrecional conferida al juez o tribunal sentenciador. En la reforma 1/2015 (RCL 2015, 439, 868) tercer grado y libertad condicional se convierten en presupuestos desencadenantes de la expulsión, pero exigirán, en todo caso, un pronunciamiento judicial expreso en tal sentido.

Conforme a la nueva regulación, al deducir acción penal contra un extranjero, cualquiera que sea su condición administrativa, el Fiscal deberá fijar posición en torno a su posible arraigo y, descartado éste, deberá solicitar la determinación en sentencia del plazo de prohibición de regreso a nuestro país para el caso de que la expulsión se materialice por cualquiera de los motivos determinados en la norma.

En definitiva, solicitado el cumplimiento de la pena por razones de prevención general, se habrá de instar del juez o tribunal sentenciador que se determine el plazo en el que el penado no podrá regresar a España cuando sea expulsado, bien por haber agotado la parte de la pena fijada en sentencia, bien por haber alcanzado el tercer grado o la libertad condicional, cuando estas decisiones penitenciarias se anticipen a dicho momento.

En definitiva, tanto si se solicita la expulsión parcial de la pena, en los supuestos específicamente determinados en el art. 89.1 y 2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), como si se insta el cumplimiento total de la pena en los términos del art. 89.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sin perjuicio de que se proceda a la expulsión al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional, debe solicitarse en la conclusión quinta del correspondiente escrito de acusación que se imponga en sentencia al acusado una prohibición de regreso a España de entre cinco y diez años a contar desde la fecha en que la expulsión se materialice (art. 89.5 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777]).

La fijación del plazo dentro de ese arco exigirá tener en cuenta la duración de las penas sustituidas y las circunstancias personales del penado.

A efectos meramente orientativos se sugiere la siguiente escala de medición: hasta dos años de prisión, cinco años de prohibición de regreso; a partir de dos años de prisión hasta cinco años, un plazo de prohibición de regreso de entre seis y nueve años; penas de prisión de más de cinco años, una prohibición de regreso de diez años.

8. Reversibilidad de la decisión de expulsión

La resolución judicial que acuerda la expulsión no es inamovible, porque si una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la expulsión de un extranjero es que no resulte desproporcionada, las modificaciones relevantes que haya experimentado el reo en sentido favorable a su integración en nuestro país habrán de ser tomadas en consideración en el momento en que se vaya a materializar.

En el caso de los ciudadanos de la UE, la revisión es obligatoria en virtud del art. 33.2 de la Directiva 2004/38/CE (LCEur 2004, 2226 y LCEur 2007, 1364), que dispone que “cuando una orden de expulsión de las contempladas en el apartado 1 (como pena o medida accesoria a una pena privativa de libertad) vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, el Estado miembro deberá comprobar la

actualidad y realidad de la amenaza para el orden público o la seguridad pública que representa el interesado y examinar cualquier cambio material de circunstancias que pudiera haberse producido desde el momento en que se emitió la orden de expulsión”.

La demora en la ejecución puede obedecer, simplemente, al tiempo invertido en el cumplimiento de la pena de prisión cuando la sustitución es parcial, o cuando la sentencia ha exigido el cumplimiento de toda la pena pero no ha excluido la operatividad de la expulsión por ministerio de la ley.

Para los extranjeros que no sean ciudadanos de la UE ni asimilados, la reconsideración de la decisión judicial debe ser también la regla a seguir, por idénticas razones que cabe extraer de la doctrina del TEDH, que subraya la importancia que el transcurso del tiempo puede tener en la decisión o en el cumplimiento de una orden de expulsión. A ello obedece, por ejemplo, que el TEDH exija que la valoración del comportamiento observado por el extranjero desde la comisión del delito hasta su expulsión (STEDH 11 de julio de 2002 [JUR 2002, 181196], Amrollahi contra Dinamarca), o la toma en consideración del tiempo transcurrido desde el último delito cometido y la decisión de la expulsión (STEDH 18 de febrero de 1991 [TEDH 1991, 3], Moustaquim contra Bélgica).

9. Aseguramiento cautelar de la ejecución

El aseguramiento de la persona del penado a los efectos de que no eluda el cumplimiento de la expulsión judicial puede efectuarse mediante su privación de libertad en dos modalidades, penitenciaria o en Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE).



La modalidad penitenciaria se recoge en la Disposición Adicional 17 de la LO 19/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3008), de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985, 1578, 2635), del Poder Judicial, que dispone, en su segundo párrafo: “Igualmente, (los órganos judiciales) comunicarán (a la autoridad gubernativa) las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial”.

La posibilidad de ingresar al extranjero condenado en sentencia penal en un CIE para garantizar la ejecución de la correspondiente orden judicial de expulsión se introdujo por primera vez en la reforma penal

operada por la LO 5/2010, de 22 de julio [sic] (RCL 2010, 1658), y se recoge actualmente en el art. 89.1, 8 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que establece 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 estos casos el periodo máximo de internamiento es de 60 días (art. 62.2 LOEX [RCL 2000, 72, 209]).

La posibilidad de ingresar a un condenado a penas de prisión en un CIE es una solución legal de la que debiera hacerse un uso restrictivo, pues los CIEs son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, como claramente advierte el art. 62 bis LOEX (RCL 2000, 72, 209), que no disponen ni de medidas de seguridad adecuadas ni de personal especializado en el tratamiento de convictos, y cuyo régimen normalizado de funcionamiento se ve alterado por la necesidad de separar los internos que han cometido una mera infracción administrativa de aquellos condenados en sentencia penal.

Es aconsejable por ello que el ingreso en CIE sólo se acuerde para condenados a penas de prisión que por su duración y demás circunstancias concurrentes en el hecho y el autor sean virtualmente susceptibles de suspensión condicional en los términos del art. 80 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pues el reo que reúne tales condiciones presenta, al menos, un perfil bajo de peligrosidad que le hace más fácilmente asimilable a las condiciones y régimen de vida de un CIE.

También conviene introducir un cierto grado de flexibilidad en la aplicación de estas cautelas que permita su dispensa en casos singulares: si el penado se encuentra en libertad provisional y merece confianza, se le puede otorgar un plazo de cumplimiento voluntario –a semejanza de lo previsto en el art. art. 63 bis, 2 LOEX (RCL 2000, 72, 209), o en el art. 18.2 RD 240/2007 (RCL 2007, 407) – para ahorrarle los efectos más traumáticos que comporta una privación de libertad.

Esta solución se recomendaba, de hecho, en la Circular nº 2/2006, de 27 de julio (JUR 2006, 197286), para supuestos de penas cortas que no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando el penado ofrezca garantías de que va a abandonar el territorio nacional. En caso de incumplimiento del compromiso, el juez o tribunal sentenciador siempre podrá proceder conforme a lo dispuesto en el art. 89.8 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), o en la propia Disposición Adicional 17 de la LO 19/2003 (RCL 2003, 3008), según los casos, para hacer efectiva la expulsión.

El Fiscal debe pronunciarse en el mismo escrito de calificación provisional sobre la cautela aplicable al caso. En consecuencia, instará la aplicación de la DA 17ª LO 19/2003 (RCL 2003, 3008) o alternatively el ingreso en CIE en los términos del art. 89.1, 8 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), salvo que considere oportuno otorgar un plazo de cumplimiento voluntario, con sucinta justificación de su decisión.

10. Imposibilidad de ejecución

El párrafo segundo del art. 89.8 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) dispone que “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”.

La única novedad respecto de la legislación precedente es la omisión de la referencia a la sustitución de la pena regulada por el art. 88 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) que ha quedado sin contenido en virtud del apartado cuarenta y siete del artículo único de la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868).

Conserva por lo tanto plena vigencia –con la salvedad de la cita del instituto de la sustitución del desaparecido art. 88 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) – la doctrina del TC conforme a la cual “el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España” (ATC nº 132/2006, de 4 de abril de 2006 [RTC 2006, 132 AUTO]).

Las causas por las que es imposible llevar a cabo la expulsión pueden ser de naturaleza material (negativa del Estado de origen, carencia del visado correspondiente, imposibilidad de transporte, etc.).

Estas circunstancias deberán en todo caso ser comunicadas por la autoridad administrativa correspondiente a la autoridad judicial que tramite la ejecutoria. Constanda la imposibilidad se ejecutará la pena de prisión según el régimen ordinario y los Fiscales dictaminarán sobre la aplicación de la suspensión condicional conforme a los criterios generales establecidos para el resto de los condenados a penas privativas de libertad.

No obstante, en aquellos casos en que la imposibilidad de materializar la expulsión se hubiera debido a una voluntad deliberadamente obstruccionista del penado extranjero concretada en actos de rebeldía, tal circunstancia habrá de ponderarse debidamente a la hora de optar por el cumplimiento de la condena en prisión o por la suspensión.

11. Quebrantamiento de la prohibición de regreso

El art. 89.7 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) dispone en su párrafo primero que “si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento”.

El mismo precepto, en su párrafo segundo prevé que “no obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad”.

La norma sigue distinguiendo, en consecuencia, dos supuestos perfectamente diferenciados de incumplimiento de la medida según que el extranjero condenado haya sido localizado dentro del territorio español o en frontera.

En el primer caso se introduce una novedad significativa pues, junto con la posibilidad de cumplir las penas que fueron sustituidas, que hemos de estimar norma general, da la opción al juez o tribunal sentenciador de reducir equitativamente su duración –sin merma de la vigencia del orden jurídico– “en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento” –norma excepcional–.

El regreso prematuro a España resulta atípico desde la perspectiva del art. 468.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), pues como es característico del instituto de la sustitución penal, el incumplimiento de la medida sustitutiva se resuelve mediante el cumplimiento de la pena sustituida.

Constatado el incumplimiento de la prohibición de regreso, la opción judicial de exigir al extranjero infractor el cumplimiento íntegro de la pena o porción de pena que le había sido sustituida o de beneficiarle con una reducción razonable de su duración ha de contar con el tiempo que ha transcurrido desde que se materializó la expulsión. Es un criterio perfectamente congruente con la Teoría de la Pena, que afirma que la necesidad de su cumplimiento se atenúa en la conciencia social con el transcurso de los años. El nuevo texto legal deja un amplio margen de arbitrio judicial, pues no fija límites mínimos de cumplimiento.

Lo que parece claro es que el perdón de una porción de condena exige un cumplimiento sustancial del período de prohibición de regreso. Si el extranjero vuelve a España al poco tiempo de haber sido expulsado no se hace acreedor de ninguna rebaja.

El art. 89.7 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) exige también valorar las circunstancias que rodean el incumplimiento, que pueden ser de la más variada naturaleza. Habremos de entender que no está justificada la reducción de condena cuando el quebrantamiento de la medida responda a móviles espurios (cometer nuevos delitos); será de aplicación, en cambio, cuando actúe movido por razones socialmente admisibles (visitar a un familiar enfermo, acudir a un entierro de un ser querido, nacimiento de un hijo, etc.).

En el caso de que el extranjero sea detectado en frontera, será objeto de inmediato rechazo en el puesto fronterizo por la propia vigencia de la prohibición de entrada que sobre aquél pesa.

12. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión

El art. 108.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) tras la reforma operada por LO 11/2003 (RCL 2003, 2332) dispone que si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

El precepto no fue modificado ni por la LO 5/2010 (RCL 2010, 1658) ni por la LO 1/2015 (RCL 2015, 439, 868).

En este contexto, debe darse por reproducido el criterio contenido en la Circular 2/2006 (JUR 2006, 197286) : “Pese al tenor literal del precepto, que apunta a que la sustitución opera respecto de cualquier medida de seguridad, parece que una interpretación sistemática, a la luz de los criterios sentados por el art. 89 y del principio de proporcionalidad, aboga por entender que solamente es aplicable para medidas de seguridad privativas de libertad, incluyendo, eso sí, las impuestas por los delitos de tráfico de seres humanos contemplados en el art. 89.4 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) respecto de los que no se hace ninguna alusión. No obstante, respecto de estos últimos, cabrá inaplicar la expulsión sustitutiva pues el precepto permite con carácter general tal inaplicación por el órgano jurisdiccional y previa audiencia del Ministerio Fiscal, cuando excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España” (art. 108.1 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777])”.



El ámbito subjetivo quedará limitado a los extranjeros no residentes legalmente en España, concepto interpretado por las Circulares 2/2006 (JUR 2006, 197286) y 5/2011 (JUR 2011, 395037).

En cuanto al plazo de la prohibición de regreso a España el art. 108 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) se separa del 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y establece un sistema de plazo único de diez años.

Deberá entenderse que aunque se sigue señalando como criterio que permite exceptuar la expulsión “la naturaleza del delito” cabrá también excluirla tanto cuando pueda ser desproporcionada, conforme a los criterios expuestos en la presente Circular como cuando la peligrosidad del sometido a la medida de seguridad desaconseje su liberación.

13. Cláusula de vigencia

Las disposiciones de la presente sustituyen a las contenidas sobre expulsión sustitutiva en la Consulta 2/1990, de 10 de octubre (RCL 1991, 532), sobre expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse; en la Instrucción 4/2001, de 25 de julio (RCL 2002, 1179), sobre la autorización judicial de la expulsión de los extranjeros imputados en procedimientos penales; en la Circular 2/2006, de 27 de julio (JUR 2006, 197286), sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España; y en la Circular 5/2011, de 2 de noviembre (JUR 2011, 395037), sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración, a salvo la remisión contenida en el epígrafe 12.

14. Conclusiones

1ª Las penas de prisión de duración igual o inferior a un año no son susceptibles de sustitución por expulsión. Procederá, en consecuencia, su ejecución penitenciaria o su suspensión condicional si concurren los requisitos de los arts. 80 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

2ª Si una sentencia impone al mismo ciudadano extranjero dos o más penas de prisión y ninguna de ellas individualmente considerada excede la duración de un año, no procederá su expulsión aunque la suma de las penas rebase dicho límite.

3ª Si a un ciudadano extranjero se le imponen en la misma sentencia dos o más penas de prisión de las que sólo una o algunas superan el umbral de un año de duración, se podrá solicitar, si concurren los restantes requisitos para la aplicación de la medida, la sustitución de todas ellas por expulsión. Igual solución cabe dar cuando la pena o penas de prisión de duración superior a un año van acompañadas de otras penas de distinta naturaleza, esto es, la concurrencia de dichas penas no impedirá la aplicación de la medida de expulsión.

4ª En los supuestos del art. 89.1 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) –penas de prisión de más de un año y hasta cinco– los Sres. Fiscales solicitarán la sustitución completa de la pena por expulsión del territorio nacional. Excepcionalmente instarán la sustitución parcial cuando a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos que han motivado la condena se aprecie una necesidad efectiva de afirmar el ordenamiento jurídico mediante su cumplimiento en Centro Penitenciario, a cuyo fin se tomarán en consideración los criterios orientativos fijados en el apartado 4.1 de la presente Circular. En ningún caso se emitirá dictamen favorable a la suspensión condicional en los términos del art. 80 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

5ª En los supuestos del art. 89.2 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), los Sres. Fiscales interesarán el cumplimiento total o parcial de la condena en atención a las circunstancias concretas del caso y a la necesidad de realizar los fines de prevención general en los términos indicados en el apartado 4.1 de esta Circular.

6ª En todo caso, iniciada la ejecución de la pena de prisión, el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y la obtención de la libertad condicional traerán consigo la expulsión del extranjero en sustitución del resto de la pena. Como consecuencia de ello, los Fiscales interesarán del juez o tribunal que determine en sentencia o en auto motivado posterior que la expulsión se producirá cuando acceda el penado al tercer grado de clasificación penitenciaria o a la libertad condicional y concretarán en sus escritos de calificación el plazo de prohibición de regreso a España que se le habrá de imponer a contar desde que la expulsión se haga efectiva.

7ª La expulsión sustitutiva no se aplicará, en ninguna de sus modalidades, si resulta desproporcionada.

8ª Para valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen. En cualquier caso el arraigo familiar exige para poder excluir la aplicación del art. 89 una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos –matrimoniales o no–, siempre que residan en España, u otros familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica.

9ª Cuando la expulsión del extranjero haya sido desechada por resultar desproporcionada, no habrá impedimento para que pueda serle aplicada alguna de las modalidades de suspensión condicional previstas en los arts. 80 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) si reúne los requisitos necesarios para beneficiarse de ellas.

10ª La sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano de la UE y asimilados por expulsión del territorio español sólo será posible si concurren graves razones de orden público o seguridad pública; si lleva más de diez años residiendo en España será preciso, además, que se encuentre incluido en alguno de los supuestos tasados en el art. 89.4, 3 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). La sustitución será siempre parcial.

11ª Los apátridas e indocumentados no están excluidos del régimen del art. 89 del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). No obstante, en ambos casos habrán de tenerse en cuenta las enormes dificultades que la medida de expulsión entraña. En el caso de los apátridas, deberá ofrecérseles un plazo de 30 días prorrogables para que se pueda gestionar su admisión legal en otro país.

12ª Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

13ª En todo escrito de calificación provisional en el que se dirija la acusación contra un ciudadano extranjero, los Sres. Fiscales expondrán su postura en lo que atañe a la aplicación del art. 89 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Ello implica:

13.1 Que en la conclusión primera se indicará la filiación del extranjero y su situación administrativa en España. Si se considera que el extranjero mantiene vínculos efectivos y actuales de carácter familiar, laboral o social en España se especificarán de manera sucinta pero suficiente.

13.2 Que en la conclusión quinta deducirán pretensión de sustitución de la pena de prisión por expulsión si resulta procedente en los términos de la Ley, indicando si la sustitución afecta a toda la pena, o a una parte, y concretando la porción cuyo cumplimiento se interesa. Se habrá de solicitar asimismo que se le imponga la prohibición de regresar a territorio español en los términos del art. 89.5 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), incluso en los casos en que se haya pedido por razones de prevención general el cumplimiento total de la pena, ante la eventualidad de que se le expulse al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional.

Si se estima que no procede la sustitución por desproporción de la medida, se indicará expresamente.

13.3 Que mediante otrosí se instará el ingreso o permanencia del acusado en prisión en garantía del cumplimiento de la medida, su internamiento en un CIE, o, excepcionalmente, el otorgamiento de un plazo de cumplimiento voluntario de la medida.

14ª Si materializada la expulsión, el extranjero aparece de nuevo en territorio español, con carácter general se informará desfavorablemente la reducción de pena prevista en el art. 89.7 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Excepcionalmente se informará a favor de la reducción de la pena si se constata que el penado ha respetado en su mayor parte el tiempo de prohibición de regreso y que el regreso no obedece a móviles espurios.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre la expulsión sustitutiva de la pena, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

2015/11. Circular nº 6/2015 de 17 noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. ARP 2016\148.

ÍNDICE: 1. Introducción 1.1 Ideas generales 1.2 Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2. Marco jurídico general 3. El papel del Fiscal en los procedimientos de sustracción internacional de menores. 4. El sistema del Convenio de La Haya de 1980 4.1 Ideas generales 4.2 Principios 4.2.1 El principio del superior interés del menor 4.2.2 El principio de celeridad 4.2.3 El principio de prohibición de decisión sobre el fondo 4.2.4 El principio de especialización 4.3 Trámites básicos 4.4 Conceptos fundamentales 4.4.1 Concepto de traslado ilegal 4.4.2 Concepto de derecho de custodia 4.4.3 Concepto de residencia habitual 4.5 Ámbito subjetivo 4.5.1 Sujeto pasivo de la sustracción 4.5.2 Sujeto activo de la sustracción 4.6 Excepciones al retorno del menor 4.6.1 Ideas generales 4.6.2 Denegación por transcurso de un año 4.6.3 No ejercicio efectivo del derecho de custodia 4.6.4 Consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención 4.6.5 Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro o situación intolerable 4.6.6 Oposición a los principios fundamentales del Estado requerido 4.6.7 La voluntad del menor 4.7 Decisiones “muertas” o “fraudulentas”: carencia de efectos 4.8 Denegación de la restitución y competencia para resolver sobre la atribución de la guarda y custodia 4.9 Imposibilidad sobrevenida de ejecutar la orden de devolución del menor secuestrado ilícitamente 4.10 Posibilidad de fijar un régimen de visitas en favor del progenitor responsable del traslado ilícito 5. El sistema del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre 5.1 Ideas generales 5.2 Ámbito de aplicación 5.2.1 Ámbito personal 5.2.2 Ámbito espacial 5.3 Concepto de traslado ilegal 5.4 Modificaciones en relación con las excepciones alegables 5.5 Decisión en última instancia sobre el fondo del asunto 5.6 Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo 5.7 Procedimiento 6. El Convenio bilateral con el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 7. El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 7.1 Ideas generales 7.2 Excepciones 7.3 Procedimiento 8. Aspectos procedimentales internos 8.1 Cuestiones generales 8.2 Ámbito de aplicación 8.3 Legitimación y postulación 8.4 Procedimiento 8.4.1 Iniciación. 8.4.2 Competencia 8.4.3 Medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento 8.4.4 Comparecencia del demandado 8.4.5 Resolución sin oposición 8.4.6 Contestación 8.4.7 Celebración de la vista. Asistentes 8.4.8 Audiencia del menor 8.4.9 Decisión 8.4.10 Recursos 8.4.11 Ejecución. 8.4.12 Mediación 9. Procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional. 10. Autorización judicial del cambio de residencia 11. Medidas cautelares frente a la sustracción internacional de menores 12. Cláusula de vigencia 13. Conclusiones.

1. Introducción

1.1. Ideas generales

La sustracción internacional de menores tiene lugar cuando un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente, violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor.

Dentro de la tipología de los secuestros parentales, la concurrencia del elemento transnacional genera el supuesto más grave, pues las dificultades para restablecer el status quo anterior son mucho mayores, entre otras cosas porque quien así actúa es normalmente ciudadano del país de refugio y lo que pretende con su actuación es crear un fuero artificial para que la contienda sobre la custodia se resuelva conforme a sus intereses. Esta búsqueda de unos Tribunales ad hoc, favorecedores de las posiciones de los secuestra-

dores, es especialmente dramática en supuestos en los que los progenitores son no solo de distintas nacionalidades sino pertenecientes a distintas culturas o civilizaciones.

Las estadísticas ponen de relieve un incremento en las cifras de este fenómeno.

El denominado “nacionalismo jurídico”, entendiendo por tal la tendencia a amparar al sustractor por parte de las autoridades de su misma nacionalidad por entender que en el país de recepción va a estar mejor, ha sido desde siempre un factor que ha alentado la comisión de sustracciones. El recurso retórico al interés del menor para rechazar el retorno esconde en ocasiones esta mentalidad profundamente perturbadora.



El Informe Explicativo del Convenio nº XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (el denominado informe Pérez Vera) delimita el tema con precisión: “las situaciones consideradas resultan del uso de vías de hecho para crear vínculos artificiales de competencia judicial internacional con vistas a obtener la custodia de un menor”.

El secuestro –en principio– puede llevarse a cabo tanto por el progenitor no custodio que disfruta de un régimen de visitas, como por el progenitor que tiene la custodia en exclusiva y por el progenitor que comparte custodia.

En estos casos, sin instrumentos convencionales eficaces, la conculcación del derecho del niño a relacionarse con ambos progenitores puede ser irreversible. En efecto, la existencia de secuestros internacionales de menores exige una respuesta desde la cooperación internacional. Cualquier otra perspectiva resulta avocada al fracaso.

El Defensor del Pueblo en su Recomendación 65/1999, de 17 de noviembre, sobre sustracción y secuestro internacional de menores por uno de sus progenitores considera que el traslado o la retención en

otro país de un menor por uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro constituye un acto de violencia que afecta de forma especial al niño, el cual es utilizado como objeto de presión entre sus padres, enfrentándolo a cambios bruscos de tipo social y familiar, privándole del afecto y de la relación de la familia con la que convivía. Las alteraciones psíquicas y afectivas del niño, su necesidad de adaptarse al nuevo entorno y la búsqueda de una seguridad que le evite un nuevo cambio le llevan con frecuencia, cuando la restitución no es inmediata, a expresar su rechazo hacia el progenitor con el que convivía.

En efecto, debe tenerse presente que estos secuestros generan graves repercusiones psicopatológicas tanto en el menor como en el progenitor privado de las relaciones con el hijo.

Por todo ello es imprescindible dar una respuesta eficaz desde la Administración de Justicia. Desde las Oficinas de atención a las víctimas se ha censurado la no información a la víctima de la posibilidad de acudir a la vía civil y en su caso a la promoción de la aplicación de los Convenios Internacionales cuando se archiva un procedimiento penal.

Los Sres. Fiscales deberán evitar en la medida de sus posibilidades tales manifestaciones de victimización secundaria, promoviendo la información de las víctimas, en la línea de las previsiones de la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal. En los casos en los que un menor con residencia habitual en España sea trasladado a un tercer país, en esa función de tutela de víctimas, los Sres. Fiscales procurarán que las mismas sean informadas de las posibilidades de acudir a la Autoridad central española para articular la correspondiente reclamación.

En este contexto, en aras del fortalecimiento de la especialización y eficacia, la Fiscalía General del Estado ha considerado conveniente dar pautas de actuación unificadas para las Fiscalías provinciales, en una materia ciertamente compleja que además da lugar a procedimientos en los que el interés superior del menor, en su vertiente sustantiva y la celeridad, en su dimensión procesal, deben ser absolutamente prioritarias.

Debe partirse de que, a salvo los supuestos en que los hechos sean constitutivos de delito, la intervención del Ministerio Fiscal en asuntos civiles de sustracción internacional solamente tiene lugar cuando España es el país al que el menor ha sido trasladado.

Las derivaciones que estos casos de sustracción de menores pudieran generar desde el punto de vista de la cooperación jurídica internacional podrán consultarse con los Fiscales delegados de cooperación, la Unidad de Cooperación Internacional de la Fiscalía General del Estado y los puntos de contacto Fiscales de la Red Judicial Europea en materia civil.

1.2. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La vinculación de la sustracción internacional de menores con los derechos fundamentales, y concretamente con el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1999, 1190, 1572) (derecho al respeto a la vida privada y familiar), ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Puede sintetizarse esta jurisprudencia en los siguientes puntos:

1) El art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) tiene por objeto la protección del individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, generando obligaciones positivas que son inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En el caso de los secuestros internacionales de menores, ello “comprende el derecho de un padre a las medidas adecuadas para reunirlo con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas” (SSTEDH de 25 de enero de 2000 [TEDH 2000, 14], Ignaccolo-Zenide contra Rumanía; de 27 de octubre de 2011 [JUR 2011, 363672], Bergmann contra Chequia; de 24 de mayo de 2011 [TEDH 2011, 50], Saleck Bardi contra España; de 22 de septiembre de 2009 [TEDH 2009, 96], Stochlak contra Polonia).

2) Las obligaciones positivas que impone el art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) en lo que se refiere a reunir a un progenitor con su hijo deben interpretarse a la luz de la Convención de Derechos del Niño (RCL 1990, 2712) y el Convenio de La Haya de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (STEDH de 22 de diciembre de 2009 [TEDH 2009, 145], Tapia Gasca y D. contra España).

3) El principio de celeridad es fundamental: la adecuación de una medida debe ser juzgada por la rapidez de su implementación, en tanto el paso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación entre los niños y el padre que no vive con ellos (SSTEDH de 21 de septiembre de 2010 [TEDH

2010, 97], Mijušković contra Montenegro; de 22 de diciembre de 2009 [TEDH 2009, 145], Tapia Gasca y D. contra España).

En este ámbito los procedimientos ineficaces o incursos en dilaciones pueden generar la violación del art 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) (STEDH de 1 de diciembre de 2009 [JUR 2009, 473405], Eberhard y M contra Eslovenia).

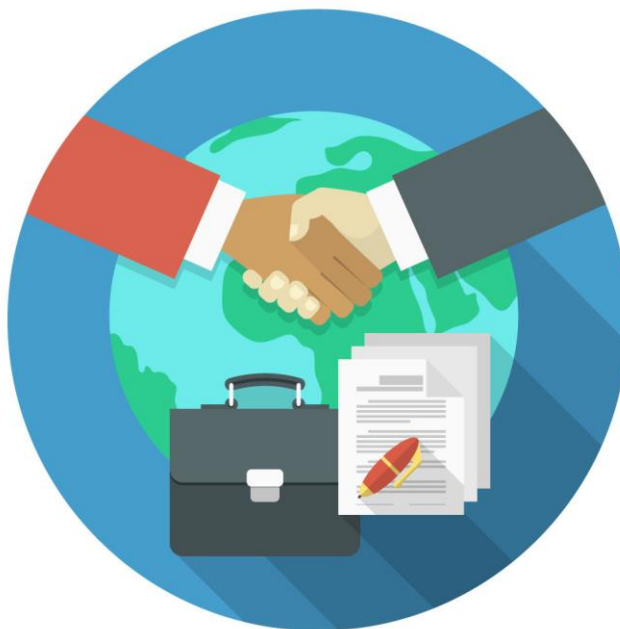
La jurisprudencia del TEDH ha llegado a acuñar el denominado principio de diligencia excepcional, con el que subraya la obligación de los Estados de resolver los procedimientos sobre menores con celeridad teniendo en cuenta que el paso del tiempo puede derivar en una resolución de facto de la cuestión (vid. STEDH de 17 de enero de 2012 [JUR 2012, 14910], Kopf y Liberda contra Austria).

4) El concepto del superior interés del menor debe ser primordial en los procedimientos que establece el Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (STEDH de 26 de octubre de 2010 [JUR 2010, 359556], Raban contra Rumania). Generalmente el interés superior del menor se identifica con el mantenimiento de los lazos familiares con ambos padres (STEDH de 13 de julio de 2010 [JUR 2010, 233656], Fușcă contra Rumania).

5) Aunque el objetivo primario del art 8 es la protección individual frente a acciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas, hay además obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. En ambos contextos, debe darse consideración a un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad como un todo (STEDH de 1 de diciembre de 2009 [JUR 2009, 473405], Eberhard y M contra Eslovenia).

6) Debe partirse de que el derecho a relacionarse con los hijos, y el derecho de visitas en caso de no convivir se integra en el derecho a la vida familiar reconocido en el art 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572). El disfrute mutuo de la compañía de padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar (STEDH de 21 de septiembre de 2010 [TEDH 2010, 97], Mijušković contra Montenegro; de 1 de diciembre de 2009 [JUR 2009, 473405], Eberhard y M contra Eslovenia).

7) La no ejecución de la orden de retorno del menor secuestrado puede determinar la condena del Estado responsable, por violación del art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) (STEDH de 26 de julio de 2011 [JUR 2011, 263169], Shaw contra Hungría).



En los casos concernientes a la ejecución de decisiones en la esfera del Derecho de Familia, el Tribunal ha resuelto repetidamente que lo decisivo es si las autoridades nacionales han adoptado los pasos necesarios para facilitar la ejecución como puede ser requerido razonablemente en las circunstancias especiales de cada caso (STEDH de 1 de diciembre de 2009 [JUR 2009, 473405], Eberhard y M contra Eslovenia).

La STEDH de 8 de enero de 2003(sic) (JUR 2008, 141), PP contra Polonia, condena a ésta por violación del derecho del demandante al respeto a su vida familiar por no haberse adoptado sin dilación todas

las medidas que cabía razonablemente esperar para ejecutar la orden de retorno de las niñas y ejecutar el derecho de visita del demandante. Para el TEDH el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para la relación entre el hijo y el padre que no vive con el niño.

8) El restablecimiento del contacto con un niño en estas circunstancias delicadas requiere esfuerzos a largo plazo para todas las partes implicadas, incluido el demandante (STEDH de 13 de julio de 2010 [JUR 2010, 233656], *Fușcă contra Rumania*).

9) Aunque las medidas coercitivas no son deseables en este área tan sensible, el uso de sanciones no debe ser descartado frente a comportamientos antijurídicos por el progenitor con el que los niños viven (STEDH de 13 de abril de 2010 [JUR 2010, 103596], *Krivošej contra Serbia*).

10) Es necesario evitar a los menores el denominado “conflicto de lealtades” (STEDH de 17 de enero de 2012 [JUR 2012, 14910], *Kopf y Liberda contra Austria*) (vid. epígrafe 4.6.7).

2. Marco jurídico general

El pilar básico que debe sostener todo el edificio normativo dedicado a la sustracción internacional de menores descansa en el derecho de todos los niños a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario a su interés (art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 [RCL 1990, 2712] [en adelante CDN (RCL 1990, 2712)]).

Igualmente, son esenciales el principio del superior interés del menor, el derecho del menor a una familia (arts. 20 y 21 CDN [RCL 1990, 2712]), la primacía del papel de la familia con relación a las autoridades públicas (art. 5 CDN [RCL 1990, 2712]) y el derecho del menor a que se tenga en cuenta su opinión en los procedimientos que le afecten (art. 12 CDN [RCL 1990, 2712]).

Expresamente el art. 10.2 CDN (RCL 1990, 2712) dispone que el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres.

La CDN (RCL 1990, 2712) aborda específicamente el secuestro de menores en los arts. 11 y 35, instando a los Estados para adoptar medidas tendentes a evitarlo. Este es el punto de conexión entre la CDN (RCL 1990, 2712) y los distintos convenios que velan por la rápida restitución del menor.

En la misma línea de la CDN (RCL 1990, 2712) cabe destacar el art. 34 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), conforme al que “todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”.

También en el ámbito del Consejo de Europa el derecho de padres e hijos a relacionarse ha sido reconocido en el art. 8 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572).

En el nivel interno, la CE (RCL 1978, 2836) en su art. 39 incorpora como uno de los principios rectores de la política social, económica y jurídica, la protección de la familia y la infancia.

En el Capítulo I del Título VII del Código Civil (LEG 1889, 27) bajo la rúbrica “de las relaciones paterno-filiales” se desarrollan los deberes y facultades de la patria potestad (art. 154) y el derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores aunque no tengan la patria potestad (art. 160).

Debe también tenerse en cuenta que tras la Ley Orgánica 9/2002 (RCL 2002, 2878), de modificación del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), además de tipificarse como delito algunas de estas conductas, creando una nueva Sección dentro del capítulo III del Título XII del Libro II, se reforman los arts. 103 y 158 CC (LEG 1889, 27), de manera que se incorporan medidas cautelares para evitar la consumación de la sustracción.

El texto convencional clave en esta materia es el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), sobre los aspectos civiles de la Sustracción internacional de Menores (en adelante CH80 [RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231]), ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987.

Junto al CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), en el marco del Consejo de Europa, se ha ratificado mediante instrumento de 1 (sic) de mayo de 1984 el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 (RCL 1984, 2167), sobre reconocimiento, y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia (en adelante CL80 [RCL 1984, 2167]). Con este

instrumento jurídico, el reconocimiento y la ejecución de sentencias se efectúan con mayor rapidez y sin las formalidades típicas del exequátur.

Estos dos Convenios comparten una misma filosofía: ambos tratan de establecer sistemas rápidos de restitución de menores trasladados ilegalmente, articulando para ello autoridades centrales en todos los países signatarios que se encarguen de agilizar las actuaciones administrativas y judiciales, y circunscribiendo su ámbito subjetivo a los menores de 16 años. La diferencia principal es la de que el CL80 (RCL 1984, 2167) exige que exista una resolución previa que determine el régimen de custodia, mientras que el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) no precisa tal resolución para que pueda activarse.

En el ámbito reducido de la Unión Europea es de aplicación el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre (LCEur 2003, 4396), que sobre la base del sistema del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) introduce especialidades tendentes a reforzar el principio de mutua confianza.

Además para las relaciones con Marruecos contamos con el Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores de 30 de mayo de 1997 (RCL 1997, 1591).

Recientemente el Consejo de Ministros por acuerdo de 11 de septiembre de 2015 autorizó la firma del Convenio sobre las relaciones personales del menor, de 15 de mayo de 2003. El Convenio se orienta a garantizar el ejercicio del derecho de visitas transnacional, define los principios generales que han de aplicarse en toda decisión relativa a las relaciones personales del menor y establece mecanismos para garantizar el correcto desarrollo del régimen de visitas, con el fin de aumentar la confianza de todos los interesados en que los menores serán devueltos al finalizar dichas visitas transfronterizas. En el art. 19 dispone que los apartados segundo y tercero del art. 11 del CL80 (RCL 1984, 2167) no se aplicarán en las relaciones entre Estados parte que sean también parte del Convenio sobre las relaciones personales del menor (posibilidades de decisión sobre el derecho de visitas por parte del Estado Requerido). En su art. 20.1.c) dispone que esta Convención no afecta a la aplicación del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). En el art. 20.3 se prevé la aplicación preferente de las normas comunitarias en las relaciones entre miembros de la UE.

Junto a estos textos convencionales y junto al Reglamento (LCEur 2003, 4396), debe analizarse el procedimiento interno vigente en España para implementar de la forma más eficaz y rápida posible las obligaciones asumidas al ratificar estos instrumentos, contenido en el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), integrado por los nuevos artículos 778 quáter a 778 sexies, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Este nuevo procedimiento, introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016, 1354), de la Jurisdicción Voluntaria sustituye al anteriormente contenido en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881 (LEG 1881, 1).

El nuevo marco otorga a este procedimiento el carácter de contencioso y acomoda su tramitación a la relativa a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (según nueva redacción dada al art. 748 LEC 1/2000 [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]), con la consiguiente lógica intervención preceptiva del Ministerio Fiscal (art. 749 LEC 1/2000 [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]) y estableciendo que no son susceptibles de ejecución provisional las sentencias dictadas en su seno.



Como cuestión metodológica, el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) será la base de análisis de la presente Circular, partiendo de su especial relevancia, atendidos el número de países

que lo han ratificado y su mayor aplicación práctica, sin perjuicio de examinar también en los epígrafes correspondientes las peculiaridades concurrentes en otros instrumentos convencionales.

Se tendrá en cuenta como elemento interpretativo, el informe Pérez Vera, informe al que se reconoce un gran valor en la práctica al igual que a la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y a los informes y conclusiones de las reuniones de la Comisión especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

3. El papel del Fiscal en los procedimientos de sustracción internacional de menores

Ha de partirse de la función constitucionalmente atribuida al Fiscal de “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados” (art. 124 CE [RCL 1978, 2836]). Desde esa definición general se da entrada al Fiscal en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio o menores, “siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor” (art. 749.2 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]).

El apartado primero del art. 749 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), en la redacción dada por Ley 15/2015 (RCL 2015, 1016, 1354) reconoce expresamente la legitimación del Fiscal, al establecer que “en los procesos (...) de sustracción internacional de menores (...) será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada”.

El Fiscal interviene como parte imparcial, guardián de la legalidad y defensor de los derechos del menor. Quien debe representar al Ministerio de Justicia en los trámites procesales es el Abogado del Estado.



Debe quedar claro que nuestro ordenamiento no pretende que el Fiscal asuma la función de garantizar el retorno de los menores trasladados ilícitamente a España, pues para tales fines ya se comisiona al Abogado del Estado como representante de la Autoridad Central y garante del cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional asumidas por España.

En efecto, el Abogado del Estado, como representante del Ministerio de Justicia, de la Autoridad Central en suma, se persona siempre como demandante, y es un inflexible defensor de la filosofía que inspira el Convenio, tendente a lograr la restitución inmediata del menor objeto de la sustracción ilegal interpre-

tando restrictivamente las excepciones a la restitución. Así, el AAP Valladolid, secc. 3ª, nº 127/2005, de 14 de noviembre (JUR 2006, 42631), en un supuesto en el que la parte apelada alegó la falta de legitimación de la Abogacía del Estado para actuar por no ser parte en este procedimiento se declaró que “debemos rechazar tal alegato habida cuenta que el art. 13 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) habilita la intervención en un procedimiento pendiente de cualquiera que acredite tener un interés directo y legítimo en el resultado del pleito y siendo objeto del mismo la custodia de un niño respecto del cual se está planteando su sustracción internacional es notorio el interés del Estado para salvaguardar su responsabilidad internacional de acuerdo a los convenios suscritos...”.

Al Fiscal se le encomienda asegurar el respeto al superior interés del menor. Conforme al Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), en abstracto y como principio general, ese interés se identifica con el retorno al lugar de procedencia, donde el menor tenía su residencia habitual y donde se ha quebrantado el *status quo*. Pero más allá de ese principio general, el Fiscal debe llevar a cabo un cuidadoso examen de las concretas circunstancias concurrentes, pues las mismas pueden exigir otra posición procesal, partiendo de que la concreción del “interés del menor” es incompatible con generalizaciones abstractas, debiendo realizarse *ad casum*. La propia normativa convencional permite esa singularización al incorporar excepciones a la decisión de retorno, que precisamente se basan en la necesidad de salvaguardar el superior interés del menor.

La dimensión funcional del Fiscal y el reconocimiento de su intervención en el procedimiento para decidir sobre el retorno del menor deben por lógica derivar en un protagonismo de nuestra Institución en la correcta interpretación de la normativa generada para luchar contra los secuestros de menores. El Fiscal, en tanto legitimado para interponer el recurso de casación en interés de Ley, ha conseguido expulsar líneas interpretativas asumidas por Audiencias Provinciales claramente contrarias a la filosofía del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (vid. STS nº 604/1988[sic], de 22 de junio [RJ 1998, 4743]).

Descendiendo a cuestiones concretas en relación con la legitimación del Fiscal, se ha discutido si puede plantearse por sí las excepciones al retorno contenidas en los arts. 13 y 20 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). Debe reconocérsele tal legitimación autónoma, como protector del superior interés del menor, cuando las excepciones se basen en la apreciación de que existe un grave riesgo físico o psíquico o cuando de cualquier otra manera se entienda que el retorno puede poner al menor en una situación intolerable o cuando la devolución no fuera posible en atención a los principios fundamentales de España en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Aunque será excepcional que el Fiscal autónomamente esgrima estas excepciones si el progenitor sustractor se persona, pues éste formulará la correspondiente excepción si la misma concurre, en puridad de principios no debe descartarse tal posibilidad.

Ha de admitirse igualmente la legitimación autónoma del Fiscal para apelar la resolución que decida sobre la restitución del menor, tanto si se acuerda el retorno como si se deniega, con la misma nota de excepcionalidad a que antes se hacía referencia.

Desde luego, está legitimado el Fiscal para proponer prueba en orden a acreditar o descartar la concurrencia de los presupuestos de las excepciones a la restitución y para promover la adopción de medidas cautelares.

4. El sistema del

4.1. Ideas generales

Los objetivos del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) son, en esencia, dos: 1) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado Contratante, y 2) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados Contratantes.

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) parte de que las rupturas bruscas del menor con el medio en el que vive son negativas y deben evitarse y de que las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están mejor situadas para decidir sobre la cuestión de la custodia del menor.

La filosofía del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) parte de la preservación del interés del menor identificado con la permanencia en su entorno vital y, consecuentemente en su inmediato retorno cuando es desplazado a otro Estado. El Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) se inspira en el principio *solve et repete*: primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre a quién corresponden los derechos de guarda y visita y el derecho a decidir sobre la residencia del menor.

Por tanto, el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) regula una suerte de acción directa que operaría a semejanza de los interdictos posesorios: provisionalmente se asegura el respeto al *status quo* sin entrar en el fondo del asunto. Esta regla general queda matizada a través del sistema de excepciones con el fin de respetar el principio del *favor minoris*, ontológicamente incompatible con reglas abstractas rígidamente predeterminadas.

El Informe Pérez Vera dice al respecto que “dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Para alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del *status quo* mediante la “restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante”.

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) es el instrumento más universal en el abordaje de la sustracción internacional de menores. En la página Web de la Conferencia de La Haya (<http://www.hcch.net/>) puede localizarse información actualizada sobre los nuevos Estados que han ratificado el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y sobre otros extremos jurídicamente relevantes para su adecuada interpretación y aplicación.

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) fue innovador, pues parte de su aplicabilidad tanto a los secuestros producidos con posterioridad a la decisión judicial de atribución de custodia como a los consumados antes de decidirse la cuestión por un órgano jurisdiccional.

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) se basa en el establecimiento de Autoridades centrales en cada uno de los Estados parte, encargadas de llevar a término las finalidades del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). El art. 7 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) atribuye a las Autoridades centrales la misión de colaborar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes en sus respectivos Estados.

El art. 8 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) establece que el procedimiento debe iniciarse dirigiéndose a la Autoridad Central, mediante un escrito en el que habrá de aportarse el contenido mínimo establecido en dicho precepto.



La Autoridad Central no tiene el monopolio en el ejercicio de las acciones de restitución, sino que conforme al art. 29 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), puede directamente el progenitor ejercitar por sí estas acciones sin actuar mediante la autoridad central.

En España, la Autoridad Central es el Ministerio de Justicia. En concreto, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 del Real Decreto 453/2012, de 5 de marzo (RCL 2012, 281), por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia tales funciones corresponden a la Subdirección General de

Cooperación Jurídica Internacional. La Autoridad Central actúa ante los órganos jurisdiccionales por medio de la Abogacía del Estado.

Cuando España sea Estado Requirente, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia tiene también la misión de traducir la documentación necesaria y de transmitirla a la Autoridad central del país donde se localice al menor, solicitando la restitución inmediata, tras analizar si la documentación aportada por el interesado esté completa y si se ha producido un traslado ilícito.

4.2. Principios

4.2.1. El principio del superior interés del menor

Está plenamente asumido en nuestra cultura jurídica que cuando en un conflicto intersubjetivo se detecta la posible afectación del interés del menor, los poderes públicos no deben permanecer ajenos a la resolución del mismo, pues en tal conflicto está subyacente una cuestión de orden público que afecta a la sociedad en su conjunto, trascendiendo de las personas concretas.

El reconocimiento del principio genera la concesión al Juzgador de un amplio margen de discrecionalidad –que no de arbitrariedad– para poder alcanzar la solución más favorable al menor en cada caso.

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) expresamente asume este principio en su preámbulo al declarar como base del mismo estar “profundamente convencidos de que el interés del niño es de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia” y estar “deseosos de proteger al menor, en el plano internacional, contra los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita”.



El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) asume que en principio y con carácter general debe entenderse por interés del hijo menor el derecho a no ser desplazado o retenido en nombre de reclamaciones más o menos discutibles sobre su persona, con el fin de proteger el derecho de los menores al respeto de su equilibrio vital.

En estos casos puede partirse de una presunción de que el interés del menor consiste en la aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y en la restitución del menor al país reclamante en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos.

No obstante, a través de las excepciones a la restitución, el propio CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) contiene válvulas de escape que permiten superar generalizaciones (por definición fuentes potenciales de injusticias) y decidir de conformidad con el superior interés del menor en cada caso concreto, ponderando las singulares circunstancias concurrentes (vid. AAP Almería secc. 3ª nº

28/2004, de 30 de abril de 2004 [JUR 2004, 194483], AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril [JUR 2007, 86524] y AAP Sevilla, secc. 2ª, nº 185/2008, de 12 de septiembre [JUR 2009, 54463]).

Refleja con nitidez la tensión y equilibrio entre la formulación abstracta del interés del menor en supuestos de sustracción internacional y la decantación en el caso concreto la SAP Málaga secc. 6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre (AC 2007, 2085) : “el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) tiende, efectivamente, a reponer la situación del menor al momento anterior a la actuación ilícita, estableciendo en su contenido que cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente (...) la autoridad competente ordenará la restitución inmediata para a continuación dejar claro el importante matiz de su inciso final “salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio”(…) lo que supone analizar cada caso concreto a fin de determinar el interés del menor cuya restitución se reclama, como asimismo se infiere del conjunto de disposiciones del propio Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), en especial el art. 13, que confieren un amplio arbitrio al órgano judicial del Estado en que se encuentra el menor trasladado o secuestrado”.

También como aplicación de este principio, la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), en su punto 4.2.2.6 y bajo la rúbrica “proteger al menor” declara que en aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), las Autoridades centrales están sometidas a la obligación general de proteger al menor de cualquier daño.

El art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (RCL 1996, 145), en su redacción dada por la LO 8/2015, de 22 de julio (RCL 2015, 1136), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece una serie de parámetros para la decantación del principio en cada supuesto.

En todo caso habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que no puede, so pretexto de la salvaguarda del interés del menor, entrarse a conocer sobre el fondo del asunto, pues ello supondría atentar contra la esencia del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

4.2.2. El principio de celeridad

Si el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas está reconocido en relación con cualquier proceso, la doctrina es unánime en resaltar que cuando el proceso afecta a menores, por las propias características de sus destinatarios, éste debe ser especialmente ágil y breve.

El procedimiento debe ser preferente y urgente y así lo impone el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) conecta este principio con el del interés superior del menor.

La Cuarta reunión de la Comisión especial para revisar el cumplimiento del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) hizo especial hincapié en que la obligación de tramitar las demandas de devolución rápidamente se extiende también a los recursos. En el mismo sentido, se recomendó que las reglas y prácticas sobre la obtención y admisión de pruebas en los procedimientos de devolución, incluidas las periciales, sean aplicadas teniendo en cuenta la necesaria agilidad del proceso que debe centrarse en las cuestiones litigiosas que estén directamente ligadas al retorno.

El objetivo de este principio de celeridad es proteger el interés del menor, teniendo especialmente en mente que una actuación tardía consumará la sustracción y hará en muchos casos inejecutable la resolución de retorno.

El art. 11 del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) establece que si no se resuelve en el plazo de seis semanas, el Estado requirente tendrá derecho a exigir una explicación.

Desde el punto de vista del Derecho interno, el apartado quinto del art. 778 quater LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), con contundencia declara que el procedimiento tendrá carácter urgente y preferente. Deberá realizarse, en ambas instancias, si las hubiere, en el inexcusable plazo total de seis semanas desde la fecha de la presentación de la solicitud instando la restitución o el retorno del menor, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible.

Los Sres. Fiscales orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, oponiéndose a cuantas prácticas puedan generar una lesión injustificada a la necesaria celeridad del mismo.



4.2.3. El principio de prohibición de decisión sobre el fondo

El país receptor del menor secuestrado no debe pronunciarse sobre el derecho de custodia, salvo que aprecie alguna de las excepciones al retorno (vid. art. 16 CH80 [RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231]).

El Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) parte de que el menor sustraído debe volver a su primitiva residencia habitual, sobre la premisa de que son las autoridades de ésta las que mejor situadas se hallan para pronunciarse sobre los derechos de guarda y visita de los menores que residen en su circunscripción.

La STS de 22 junio de 1998 (RJ 1998, 4743) en un supuesto en el que el padre español, que tiene a sus dos hijos en España disfrutando del régimen de visitas, los retiene y no los devuelve a su madre en Suiza donde tenían la residencia, dejó bien claro que las autoridades judiciales del Estado requerido no pueden decidir sobre el derecho de custodia del menor hasta que se establezca que no existen las condiciones previstas por el Convenio para el retorno.

En este sentido, el AAP Barcelona, sec. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril (JUR 2007, 86524) declara que la calificación de un traslado de ilícito a los efectos del convenio no implica decisión alguna sobre la custodia, siendo la finalidad del convenio, que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual, para que las autoridades de dicho lugar regulen su situación y determinen a cuál de los padres corresponde el cuidado de los mismos, adoptando todas las medidas que resulten necesarias para garantizar su atención.

Tampoco puede entrar a resolverse sobre custodia si la resolución sobre la no restitución no es firme por haberse apelado (AAP Valladolid, secc. 3ª, nº 127/2005, de 14 de noviembre [JUR 2006, 42631]).

Como con acierto puntualiza el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 54/2012, de 13 de marzo (JUR 2012, 195157) el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) “no es un Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) de custodia, sino un Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) de restitución y en este sentido cabe precisar que la resolución que ordena la restitución en ningún caso se está pronunciando sobre la guarda y custodia, sino que lo que acuerda es la devolución del menor al país donde residía habitualmente para que sean las autoridades competentes de aquel país las que en su caso resuelvan sobre la custodia (...) No se trata por tanto de valorar la situación actual en la que se encuentran los menores para decidir con cuál de los progenitores deben convivir”.

Fácilmente se colige la íntima conexión entre este principio de prohibición de decisión sobre el fondo y el principio de celeridad.

El reverso de este principio viene recogido en el art. 19 del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), conforme al que una decisión adoptada en el marco del presente Convenio sobre la restitución del menor no afectará a la cuestión de fondo del derecho de custodia.

Los Sres. Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas que se orienten a decidir cuál de los progenitores debe ostentar la custodia de los menores afectados y habrán de recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

4.2.4. El principio de especialización

Las sucesivas reuniones de las Comisiones Especiales de Seguimiento de la aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) han incidido en la necesidad de especialización de los operadores jurídicos como vía para asegurar una correcta utilización de los mecanismos convencionales.

El debido cumplimiento de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2008, de 30 de julio (JUR 2008, 281870), sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores habrá de generar un decidido impulso de especialización al atribuir la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, asignación que puede contribuir a una más coherente y racional aplicación de los Convenios sobre sustracción de menores ratificados por España.



4.3. Trámites básicos

La persona que ha visto vulnerados sus derechos de custodia deberá solicitar el retorno del menor a través de un formulario estándar. La autoridad central promotora a instancias de parte legitimada ha de remitir una solicitud de repatriación del menor a la autoridad central requerida cuando concurren los presupuestos establecidos por el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

Conforme al art. 15 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) la autoridad central requerida podrá exigir una decisión o certificación que acredite en el Estado solicitante que el traslado ha sido ilícito (vid. epígrafe 9).

También se necesita un apoderamiento del particular para poder actuar en su nombre en el proceso.

Localizado el menor, si no se consigue una solución amistosa, la autoridad requerida debe promover por los cauces y ante las autoridades establecidas en el país de que se trate una decisión de devolución del menor. En España se da traslado al Abogado del Estado de la correspondiente provincia para que presente demanda de restitución o retorno.

Conforme al art. 9 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), si la autoridad central del estado requerido tiene conocimiento de que el menor se encuentra en otro Estado contratante, deberá transmitir la demanda a la autoridad central de dicho Estado o al demandante con el fin de que sea tramitada lo antes posible.

4.4. Conceptos fundamentales

4.4.1. Concepto de traslado ilegal

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) da un concepto legal en su art. 3: el traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El art. 3 delimita, pues, el perímetro de protección del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), que exige dos presupuestos (jurídico y fáctico) que han de concurrir cumulativamente: 1) la existencia de un derecho de custodia, de acuerdo con el Derecho del Estado de la residencia habitual del menor (elemento jurídico); y 2) efectivamente ejercido por su titular (elemento fáctico).

No es, como ya adelantamos supra necesario que concurra una infracción de una resolución judicial sobre los derechos de guarda y visita para que el traslado sea ilícito. Basta modificar por la vía de hecho el status del menor alterando las relaciones jurídicas que ligán al menor con su progenitor.

La Guía de Buenas Prácticas del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) declara que en aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), el desplazamiento o no retorno del menor es considerado como ilícito si viola un derecho de guarda atribuido por el derecho del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del desplazamiento o del no retorno.

4.4.2. Concepto de derecho de custodia

No da el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) una definición sobre qué debe entenderse por derecho de custodia. No obstante, se establece un contenido mínimo que orienta sobre los fines del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231): en el art. 5 letra a) se dispone que el derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y en particular el de decidir sobre su lugar de residencia.

El derecho de custodia quebrantado por el traslado ilícito puede derivar de una resolución judicial o directamente de la aplicación del Derecho vigente en el Estado de residencia.

Existe división en la doctrina y fluctuaciones en la jurisprudencia menor en cuanto a la cuestión de si puede considerarse sustracción internacional el supuesto en el que quien altera el lugar de residencia del menor es el progenitor que tiene atribuida la guarda y custodia. En contra de esta posibilidad pueden citarse los AAP Zaragoza, secc. 2ª, nº 503/2011, de 11 de octubre (JUR 2011, 399186), Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª, nº 178/2009, de 29 de julio (JUR 2009, 438050), Guipúzcoa nº 2086/2005, de 14 de septiembre (JUR 2006, 3692); Las Palmas secc. 3ª nº 54/2008, de 3 de marzo (AC 2008, 917) y Vizcaya, secc. 4ª, nº 801/2010, de 20 de octubre (JUR 2010, 409557).

La interpretación que se considera ajustada al CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y que por tanto deberán seguir los Sres. Fiscales es la de que aunque el traslado de residencia se lleve a cabo por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia, si conforme al Derecho del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor corresponde conjuntamente a ambos progenitores, habrá de entenderse que el autor del traslado ha incurrido en sustracción internacional y por tanto, a salvo la posible concurrencia de excepciones, procede acordar el retorno. Los términos del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) son claros y la alteración antijurídica de la residencia del menor en estos casos, evidente. En estos casos también se viola el derecho del progenitor no custodio a relacionarse con su hijo.

Esta exégesis va consolidándose en la jurisprudencia menor. Así, la SAP Barcelona, secc. 18ª nº 510/2010, de 1 de septiembre (JUR 2010, 387472) confirma la restitución de los menores al Reino Unido en base a que “el Derecho inglés precisa que el cambio de residencia habitual precisa el consentimiento de ambos progenitores”. En el mismo sentido, el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 88/2012, de 23 de abril

(AC 2012, 958) de manera correcta accede a la restitución pese a que la madre que alteró la residencia habitual del menor tenía la guarda puesto que “el Derecho inglés establece que el cambio de residencia habitual precisa el consentimiento de ambos progenitores, es por lo que sin necesidad de mayores razonamientos deba desestimarse el presente recurso, sin que ello implica decisión alguna sobre la custodia, siendo únicamente finalidad del convenio que los menores sean trasladados al lugar de su residencia habitual para que las autoridades adopten las medidas oportunas y decidan a cual de los progenitores corresponde el cuidado de la menor”. Igualmente, sigue expresamente esta interpretación las SSAP Barcelona, secc. 18ª, nº 573/2013, de 1 de octubre (JUR 2013, 354341) y Málaga, secc. 6ª nº 238/2014, de 1 de abril (JUR 2014, 283843).

Por tanto, siempre que el progenitor tenga algún derecho a efectos de determinación del lugar de residencia del menor, podrá promover la aplicación del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

Con claridad, el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre (LCEur 2003, 4396) establece que se entiende por custodia ejercida de manera conjunta aquella conforme a la cual, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental precisa el consentimiento del otro para decidir el lugar de residencia del menor.

Como declara el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril (JUR 2007, 86524) “el concepto de custodia recogido en el art. 5 del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) es muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia (...) Con carácter ilustrativo, cabe señalar que se considera infracción de la custodia (art. 3), incluso en aquellos supuestos en que existiendo una resolución judicial en que se atribuye la custodia a uno de los progenitores, y un derecho de visita al otro, el progenitor custodio traslada la residencia de los menores a otro país, sin el consentimiento del otro, cuando no se le ha atribuido el derecho de decidir sobre el lugar de residencia de sus hijos”.

Así pues, el concepto de derecho de custodia utilizado por el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) es un concepto autónomo. El Informe explicativo declara que para determinarlo debe estar al Derecho de la residencia habitual del menor.

Por tanto, cuando España sea el país requerido, habrá de estarse al Derecho aplicable en el país de residencia para calibrar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.

Entran dentro del radio protector del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) todas las modalidades del ejercicio del derecho de custodia de menores, pudiendo ser sus titulares tanto personas físicas como jurídicas.

4.4.3. Concepto de residencia habitual

En cuanto a la determinación de la residencia habitual, se trata de una cuestión que habrá de decidir en cada caso el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la solicitud de retorno.

A tales efectos puede servir para establecer pautas la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia de 18 de enero de 1972, que establece que la residencia se determina en base a criterios de hecho y no en función de una autorización de residencia y que para determinar su habitualidad habrá de tenerse en cuenta su duración, su continuidad y cualquier otro hecho que revele lazos estables entre una persona y un lugar.

En el ámbito de la Unión Europea se han aportado criterios interesantes para la determinación de la residencia habitual (vid. epígrafe 5.3).

4.5. Ámbito subjetivo

4.5.1. Sujeto pasivo de la sustracción

El art. 4 del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) dispone que ... se aplicará a todo menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado Contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años.



Parte el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) de que a un joven con más de 16 años, pese a que conforme al CDN (RCL 1990, 2712) es menor, difícilmente se le puede imponer coactivamente una resolución en cuanto a su residencia.

No se especifica en el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) qué tratamiento dar al supuesto de que el menor “sustraído” cumpla los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento de devolución. El informe explicativo del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) dispone al respecto que en cuanto a la determinación del momento en el que tal edad impide la aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), éste consagra la más restrictiva, entre las distintas opciones posibles; en consecuencia, no se podrá llevar a cabo o aprobar ninguna acción o resolución respecto a un menor tras su decimosexto cumpleaños.

Por ello, deberán los Sres. Fiscales partir de que los dieciséis años sobrevenidos también deben truncar el procedimiento ya en marcha.

Además, el menor de 16 años debe tener residencia habitual en un Estado contratante en el momento de su sustracción ilegal (art. 4).

El Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) sólo se aplica entre Estados parte. En el supuesto de que el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte y se le traslade a un Estado no parte, el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) no sería aplicable. Tampoco se aplica el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) cuando pese a que el destino del menor sea un Estado parte, su residencia habitual radica en un Estado no parte.

No obstante, habrá de entenderse aplicable el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) si el menor que reside habitualmente en un Estado parte es sustraído cuando se encuentra accidentalmente en un país que no es parte del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y desde allí es trasladado ilícitamente a un Estado parte.

Es intrascendente a efectos de aplicación del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) la nacionalidad o filiación del menor.

4.5.2. Sujeto activo de la sustracción

Se plantean dudas acerca de qué familiares pueden ser responsables del secuestro. El Informe explicativo (punto 81) declara que “el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) no contiene ninguna disposición expresa con esta finalidad. No obstante, de su conjunto se extraen dos consideraciones que clarifican este aspecto del ámbito de aplicación *ratione personae* del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). La primera se refiere a las personas físicas que pueden ser

responsables del traslado o del no retorno de un menor. Sobre tal cuestión, el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) mantiene el punto de vista adoptado por la Comisión especial de no atribuir dichas acciones exclusivamente a los progenitores. Y es que, siendo el concepto de familia más o menos amplio según las distintas concepciones culturales, es preferible atenerse a una visión amplia que permita, por ejemplo, calificar de sustracción de un menor, de acuerdo con el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), los traslados realizados por un abuelo o un padre adoptivo”.

Deberá partirse pues, de un concepto amplio del sujeto activo de la sustracción, abarcando no solo a los padres sino también a otros miembros de la familia.

4.6. Excepciones al retorno del menor

4.6.1. Ideas generales

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) establece unas causas que permiten, pese a constatarse la ilicitud del traslado, denegar el retorno o restitución. Debe partirse de que el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) es correctamente aplicado tanto cuando se acuerda la restitución de un menor como cuando, apreciando cabalmente las excepciones, se deniega tal restitución.

En tanto excepciones a la regla general de restitución, las mismas han de ser objeto de una interpretación restrictiva (*singularia non sunt extendenda, exceptio firmat regulam, exceptio est strictissimae interpretationis*) como se subrayó en la cuarta reunión de la Comisión Especial. El AAP Las Palmas, secc. 3ª nº 69/2009, de 10 de marzo (AC 2009, 1326) declara que el menor debe ser restituido configurándose los motivos de denegación como excepcionales por lo tanto, su concurrencia no se presume sino que ha de demostrarse.

En todo caso, partiendo de que el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) considera que son los tribunales de la residencia habitual los que naturalmente deben decidir la cuestión de fondo, si durante la tramitación del procedimiento de retorno los tribunales de la residencia habitual resuelven a favor de que el menor permanezca con su presunto sustractor, no proceda que el tribunal del lugar del secuestro ordene el retorno, salvo que la decisión se hubiera obtenido fraudulentamente (vid. epígrafe 4.7).

4.6.2. Denegación por transcurso de un año

Conforme al art. 12 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) cuando un menor ha sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.

La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

El Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) parte de que en principio, la reclamación de restitución no está sometida a ningún plazo de caducidad, pero pasado un año sin que tal reclamación se haya producido, acreditada la integración del menor en el nuevo medio, no habrá de estimarse la reclamación.

A tales efectos, deberán los Sres. Fiscales entender que la reclamación determinante para el cómputo del año es la que se realiza ante la autoridad del país en el que se encuentra el menor (vid. AAP Las Palmas, sec. 3ª, nº 333/2008, de 19 de diciembre [AC 2009, 202]).

Una vez iniciado el procedimiento en el país requirente antes del transcurso de un año, la prolongación del mismo mas allá de dicho período no alteraría la regla general pro retorno.

El informe Pérez Vera contiene importantes pautas interpretativas (punto 108): “ha sido preciso afrontar una pluralidad de cuestiones: en primer lugar, el momento a partir del cual empieza a computarse el plazo; en segundo lugar, la extensión del plazo y, en tercer lugar, el momento de expiración del plazo. En lo referente al primer punto, es decir la determinación del momento en el que empieza a correr el plazo, el artículo hace alusión al traslado o no retorno ilícitos; la concreción de la fecha decisiva en caso de retención debe ser entendida como la fecha en la que el menor hubiese tenido que ser devuelto al titular de derecho de custodia o en la que éste negó su consentimiento a una extensión de la estancia del menor en otro lugar distinto del de su residencia habitual. En segundo término, la consagración del plazo único de un año, abstracción hecha de las dificultades encontradas en cuanto a la localización del menor (...) ha clarificado la aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) al eliminar las dificultades inherentes a la prueba de los problemas suscitados por la localización del menor. En tercer lugar, en lo que se refiere al terminus ad quem, el artículo consagra el momento de la presentación de la demanda, en lugar de la fecha de la resolución, ya que el posible retraso en la acción de las autoridades competentes no debe perjudicar los intereses de las partes amparadas por el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) “.

La trascendencia que se otorga al transcurso del tiempo acompañado de la integración del menor en el nuevo medio como modulador de las posibilidades de retorno entronca claramente con el principio del interés del menor (vid. AAP Málaga secc. 5ª nº 267/2001, de 16 de octubre [JUR 2002, 39360]).

La estimación de esta causa de oposición lleva ínsito otro efecto de mayor calado: el reconocimiento de que se ha producido una modificación en la residencia habitual del menor con el consiguiente cambio en cuanto a la competencia para resolver el fondo del asunto, que a partir de ese momento corresponderá al Estado al que el menor ha sido trasladado.

A contrario, la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio no habrá de entenderse suficiente como para acordar la no restitución si aún no ha transcurrido ese plazo de un año. Como con acierto precisa la SAP Málaga, secc. 6ª nº 238/2014, de 1 de abril (JUR 2014, 283843) “la excepción a la restitución, consistente en la prueba de haber quedado el menor integrado en su nuevo ambiente, a que se refiere el párrafo segundo del art. 12 del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), no se refiere al supuesto contemplado en el párrafo primero, sino al supuesto de haber transcurrido más de un año entre el traslado o retención y el inicio del procedimiento de restitución al que se refiere el propio párrafo segundo”.

4.6.3. No ejercicio efectivo del derecho de custodia

Conforme al art. 13 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone demuestra que el reclamante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido.

La carga de la prueba del no ejercicio efectivo de la custodia corresponde a la persona que se opone al retorno al Estado de la residencia habitual del menor. El AAP Las Palmas, secc. 3ª nº 69/2009, de 10 de marzo (AC 2009, 1326) declara que “era la demandada la que tenía que acreditar, y no como parece señalar la sentencia de instancia, la existencia del consentimiento, no ya por cuanto la prueba de un hecho negativo se torna en diabólica sino porque es ella la que alega un hecho al que debe anudarse consecuencias jurídicas y además por su facilidad probatoria”.

El hecho de que el progenitor custodio sea auxiliado en el cuidado de sus hijos por otros familiares o terceras personas en ningún caso puede entenderse como no ejercicio efectivo del derecho de custodia (vid. SAP Asturias, sec. 7ª, nº 8/2008, de 15 de enero [AC 2008, 1697]).

La SAP Barcelona, sec. 18ª, nº 573/2013, de 1 de octubre (JUR 2013, 354341) aclara qué debe entenderse por ejercicio cuando el reclamante lo que tiene es el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor: en estos casos sería “la facultad, por ministerio de la ley o por resolución judicial, de decidir sobre el lugar de residencia del menor, por lo que no puede entenderse que el padre no ejerciera de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fueron trasladados los menores como exige la primera de las excepciones a la no restitución. Ya se ha dicho que no hay consentimiento por parte del padre al traslado”.

4.6.4. Consentimiento o posterior aceptación del traslado o retención

También conforme al art. 13 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que el reclamante (...) había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención.

Por tanto, si el reclamante consiente o posteriormente acepta el traslado o retención, su solicitud debe rechazarse conforme al principio *venire contra factum proprium non potest*.

De nuevo, la carga de la prueba recaerá en la parte que alega tal circunstancia, sin perjuicio de las posibilidades de actuación de oficio del órgano jurisdiccional.

El consentimiento que puede fundamentar la excepción ha de recaer sobre el traslado definitivo a un tercer país, no debiendo darse esta virtualidad a consentimientos para desplazamientos temporales. En este sentido puede citarse el AAP Madrid, secc. 22ª, de 31 de marzo de 2015 (JUR 2015, 117498), rec. 960/2014, que declara que “el consentimiento del padre al viaje de la niña a España junto con su madre como un acto propio del recurrente no puede, objetivamente, generar la confianza de un aquietamiento del padre al traslado definitivo de la niña a este país, pues, aquel comportamiento puntual y realizado, con ocasión de aquel conflicto – y período vacacional – no puede tener la proyección y vinculación que se pretende, como lo evidencia, en primer lugar, la redacción genérica del documento policial al que se ha hecho referencia y, en segundo lugar, la inmediata puesta en marcha por parte del padre, de cuantos procedimientos judiciales estuvieron a su alcance para lograr el regreso de Estela a su residencia habitual”.

Tampoco puede articularse la excepción en base a una mera autorización para viajar (AAP Vizcaya, secc. 4ª nº 473/2011, de 28 de junio [JUR 2011, 298832] ; SAP Barcelona, secc. 18ª, nº 573/2013, de 1 de octubre [JUR 2013, 354341]).

4.6.5. Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro o situación intolerable

Conforme al art 13 b) CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) la no devolución puede fundarse en la existencia de un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La Comisión Especial de 1993 resalta que en estos casos es importante que la autoridad judicial o administrativa que decida acerca de la restitución confíe en que los Tribunales del Estado requirente tomarán, en su momento y teniendo en cuenta todas las circunstancias, una decisión adecuada acerca de los derechos de custodia. Esta confianza en los Tribunales del Estado requirente es el punto de partida del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

De nuevo conforme a las reglas del *onus probatorio*, los hechos que integran la excepción deben ser acreditados por quien la alega (AAP Baleares, secc. 4ª, nº 229/1999, de 6 de junio, SAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 415/2007, de 26 de noviembre [JUR 2008, 65320]).

Nuevamente es esencial evitar que a través de la utilización de esta excepción se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor (AAP Madrid secc. 22 nº 187/2005, de 5 de septiembre [AC 2005, 1564]).

Debe aplicarse sólo en casos excepcionales y siguiendo pautas interpretativas restrictivas (AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 91/2006, de 4 de abril [JUR 2007, 86524], y AAP Guipúzcoa, secc. 2ª, nº 2086/2005, de 14 de septiembre [JUR 2006, 3692]), tanto de qué deba entenderse por peligro físico o psíquico como por situación intolerable. El AAP Las Palmas, secc. 3ª nº 69/2009, de 10 de marzo (AC 2009, 1326) declara que sería preciso acreditar que de autorizarse el traslado la situación de los menores sería de extrema gravedad pues, por ejemplo, serían sometidos a malos tratos, o quedarían a merced de persona irresponsable o que les da ejemplos corruptores, etc.

Pueden en estos casos ser claves los informes sociales sobre el menor y la familia, evitando siempre que a través de esa vía se persiga simplemente dilatar el procedimiento.

La situación de riesgo debe ser objetivable (AAP Tarragona, nº 82/2005, de 3 de mayo [JUR 2005, 171079]) y el peligro debe ser serio (vid. AAP Lugo, secc. 1ª, nº 272/2005, de 18 de julio [JUR 2005, 220790]). Es exigible que existan serios y fundados indicios de esa posible eventualidad (AAP Lleida, secc. 2ª nº 10/2012, de 27 de enero [JUR 2012, 115688]).

Para el AAP Barcelona, secc. 18ª, nº 54/2012, de 13 de marzo (JUR 2012, 195157), esta causa “debe ser valorada de forma restrictiva de manera que solo puede operar en aquellos supuestos en que se pruebe de forma cumplida que el traslado de los menores al país y al lugar, que hasta el momento del traslado ha constituido su hábitat natural, puede colocarlos en situación de grave riesgo”.

No puede a través de esta excepción, denegarse el retorno porque el menor se encuentre bien en España o porque sea dolorosa la separación del progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor o porque el retorno sea incómodo para el menor. Ha de evitarse confundir lo que son meros inconvenientes con los peligros que pueden justificar la negativa al retorno (AAP Almería secc. 3ª 28/2004, de 30 de abril [JUR 2004, 194483]).

Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el custodio/sustractor. En este punto debe recordarse que el daño potencial no traerá causa en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del custodio/sustractor a acompañarle. Ello debe llevar como regla general a oponerse a la aplicación de esta excepción ante estas alegaciones, pues de otro modo se permitiría que quien ha cometido un ilícito y quien tiene el dominio del hecho para evitar el daño se prevalega de tal situación.

Lógicamente, si se acreditan malos tratos por parte del solicitante, los Sres. Fiscales se opondrán al retorno (vid. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 24, Madrid nº 186/2006, de 3 de abril, AAP Barcelona secc.12ª de 16 de diciembre de 1996).

Deberán los Sres. Fiscales estar especialmente prevenidos contra la posible declaración de los menores sobre la situación de peligro, en especial cuando éstos por su edad o circunstancias pudieran ser fácilmente manipulables. Quien ha sido capaz de violar el status quo preexistente privando a uno de los progenitores del derecho-deber de cuidar de sus hijos puede también ser capaz de tratar de manipular a éstos para consumir la sustracción.

4.6.6. Oposición a los principios fundamentales del Estado requerido

Dispone el art. 20 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) que la restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esta cláusula de orden público se regula al margen de las excepciones al retorno. Late en esta decisión sobre la ubicación sistemática de la regla la intención de restringir al máximo su operatividad.

Esto se recoge con claridad en el Informe Explicativo del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) : ha sido ubicada de manera significativa en el último artículo del capítulo; de esta forma, se ha querido destacar el carácter claramente excepcional que siempre debe tener su aplicación.

Esta cláusula puede ser alegada autónomamente por el Fiscal y apreciada de oficio por el Juzgador.

Dentro de la misma podrían subsumirse supuestos en los que el retorno pudiera generar una lesión grave de los derechos fundamentales reconocidos a los menores por la CDN (RCL 1990, 2712).

4.6.7. La voluntad del menor

El art. 12 CDN (RCL 1990, 2712) señala que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

El propio art. 13 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) establece que la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

La oposición del menor maduro no supone la automática denegación de la restitución, sino que lo que genera es la obligación de ser tenida en cuenta por el Juez (vid. en este sentido, AAP Valencia, secc. 10ª, nº 405/2011, de 5 de diciembre [JUR 2012, 42019]).

No se predetermina una franja concreta de edad a partir de la cual ha de tenerse en cuenta la opinión del menor. Habrá de hacerse un análisis *ad casum*, teniendo en cuenta que el concreto grado de madurez no siempre coincide con la edad cronológica y que puede variar en cada niño. Para comprobar si concurre o no el grado de madurez necesario, será preciso que el Juez oiga al menor, salvo en supuestos en los que la edad objetivamente implique la carencia del mínimo de madurez exigible. No obstante, no pueden darse reglas fijas. Debe en todo caso recordarse que tras la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (RCL 2015, 1136), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145), de Protección Jurídica del Menor, (en adelante LOPJM [RCL 1996, 145]) dispone que se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna esencial, en función de dos criterios: su edad, pues a mayor edad más peso debe reconocerse a sus opiniones y su grado de madurez, que modula la importancia de la edad. También es fundamental la argumentación con la que el menor justifica su elección, que puede poner de relieve bien la existencia de motivos sólidos y racionales, bien la concurrencia de manipulación (AAP Baleares, secc. 4ª, nº 229/1999, de 6 de junio), bien la utilización de criterios no atendibles (v. gr., preferencia por convivir con el progenitor que aplique mayor laxitud en el proceso de socialización del menor) (AAP Barcelona secc. 18ª nº 164/2004, de 23 de junio [AC 2004, 1129]).

Las opiniones de los menores de edad deben tenerse en cuenta en función de su edad y madurez (art. 12 CDN [RCL 1990, 2712]). El Código Civil (LEG 1889, 27) establece una franja de edad orientadora y, en este sentido, marca un límite en la edad de 12 años, pero este límite se extiende a aquellos menores por debajo de esta edad que tengan “suficiente juicio”. Como recuerda el Comité de Derechos del Niño, el término “madurez” hace referencia a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado, por lo que debe tomarse en consideración al determinar la capacidad de cada niño.

La madurez es difícil de definir y, en el contexto del art. 12 CDN (RCL 1990, 2712), se entiende como la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente. Podemos partir de tres ideas:

- □ La primera es que la capacidad del niño debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicarle la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. Es necesario verificar si hay, en la persona y caso concreto, una mínima racionalidad de la opinión u opción del menor, es decir, que el deseo expresado sea congruente con los fines contemplados por esta persona, que las metas sean razonablemente alcanzables y realizables en el marco de su realidad vital y social.

- □ La segunda es que la edad en sí misma no puede determinar la trascendencia de las opiniones del niño. Los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. La información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse un criterio. Por ese motivo, las referidas opiniones tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso.

- La tercera es que los efectos del asunto también deben tenerse en consideración. Cuanto mayor sea el impacto potencial en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de su grado de madurez.

Debe en estas audiencias tenerse especial cuidado en plantearlas de modo que no se haga recaer sobre el menor la carga de la decisión (vid. conclusiones de la cuarta reunión de la Comisión especial). Ha de evitarse en todo caso colocar al menor en lo que se ha denominado “conflicto de lealtades” (el denominado por la doctrina anglosajona *situation of divided loyalties* y en la alemana *loyalitätskonflikt*). En definitiva, debe evitarse al menor, en la medida de lo posible, sufrir la sensación de estar traicionando a uno u otro progenitor, o de tener que elegir entre uno y otro.

En relación con el desarrollo de las audiencias deberán tenerse presentes las pautas sentadas en el epígrafe 11 de la Circular 3/2009, de 10 de noviembre (JUR 2009, 450744), sobre protección de los menores víctimas y testigos.

En algunos supuestos será necesario acudir al dictamen de especialistas para poder llegar a conocer realmente la verdadera voluntad del menor, pudiendo solicitarlo directamente el Fiscal y acordarlo el Juez

incluso de oficio. En todo caso, la decisión sobre si promover o no tales diligencias debe adoptarse, ponderando las circunstancias concurrentes, teniendo en cuenta la necesidad de respetar el principio de celeridad. Ha de recordarse que el núcleo de estos dictámenes reside sus fundamentos, que son los que deben dar más o menos valor a sus conclusiones. Debe huirse de la tentación de delegar en estos peritos la decisión final.

4.7. Decisiones “muertas” o “fraudulentas”: carencia de efectos

Conforme al art. 17 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) el solo hecho de que se haya dictado una decisión relativa a la custodia del menor o que esa decisión haya de ser reconocida en el Estado requerido no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en el presente Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar el presente Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).



El informe Pérez Vera explica el precepto en los siguientes términos: “la solución incluida en el artículo concuerda perfectamente con el objetivo convencional de desanimar a los posibles secuestradores que no podrán proteger su acción ni mediante una resolución “muerta”, anterior al traslado pero nunca ejecutada, ni mediante una resolución obtenida posteriormente y que, en la mayoría de los casos, resultará fraudulenta. Por consiguiente, la autoridad competente del Estado requerido deberá considerar la demanda de retorno como prueba de que se ha producido un elemento nuevo que le obliga a cuestionar una resolución no efectiva, o adoptada sobre la base de criterios abusivos de competencia o, aún, que no respeta los derechos de defensa de todas las partes afectadas. Por otra parte, dado que la resolución relativa al retorno del menor no afecta el fondo del derecho de custodia, los motivos de la resolución que pueden ser tenidos en cuenta se limitan a los que afectan a “la aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) “. En cuanto a la situación provocada por una resolución dictada por las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor antes de su “sustracción”, concediendo la custodia al “secuestrador”, normalmente sería resuelta por la aplicación del art. 3 del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), ya que la existencia del derecho de custodia reclamado debe ser apreciada de conformidad con el derecho de dicho Estado”.

4.8. Denegación de la restitución y competencia para resolver sobre la atribución de la guarda y custodia

Conforme al art. 16 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante adonde haya sido trasladado el menor o donde está retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en virtud de este Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

Consiguientemente una vez formulada reclamación para la restitución, la autoridad del país que recibe al menor sustraído no puede pronunciarse sobre el fondo. Como excepción podrá hacerlo si se acuerda la no restitución. Una eventual decisión sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia deberá adoptarse al margen del proceso especial de restitución.

4.9. Imposibilidad sobrevenida de ejecutar la orden de devolución del menor secuestrado ilícitamente

El transcurso del tiempo puede hacer que la *res iudicata* se transforme en *resiudicanda*. Circunstancias sobrevenidas pueden hacer que la santidad de la cosa juzgada, como decantación del principio de seguridad jurídica, sea desplazada por el principio del superior interés del menor.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a que los fallos judiciales se cumplan, siendo la ejecución de las resoluciones judiciales firmes un auténtico derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al art. 24.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836). Sin embargo, el TC ha admitido la existencia de alteraciones del fallo en supuestos de imposibilidad de ejecución, al no caber en modo alguno el cumplimiento de lo resuelto o su ejecución por equivalencia o sustitución (vid. SSTC nº 194/1991, de 17 de octubre [RTC 1991, 194] ; nº 153/1992, de 19 de octubre [RTC 1992, 153] ; nº 40/2003, de 14 de julio [RTC 2003, 40] ; nº 18/2004, de 23 de febrero [RTC 2004, 18]).

En relación con la sustracción internacional de menores es especialmente interesante la STEDH de 24 de abril de 2003 (JUR 2004, 73113), Silvestre contra Austria, que analiza un supuesto en el que el considerable lapso de tiempo transcurrido desde la orden de retorno había supuesto un cambio relevante de circunstancias al haber perdido la menor todo contacto con el padre mientras que sus lazos con la madre y parientes maternos se habían vuelto muy estrechos, de tal forma que ello provocó que el retorno de la menor deviniera imposible, ya que la exponería a serios daños psicológicos.

En este sentido, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 6, de Familia, de Zaragoza de 20 de abril de 2004 (AC 2004, 420) declara que “es sabido que en el marco del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (...) existe una constante preocupación de los Estados Contratantes para que las órdenes de retorno emitidas en cada caso sean rápida y eficazmente cumplidas (...) se ha producido una dilación enorme en el tiempo en la ejecución de la orden de retorno, que va a dar lugar a la imposibilidad de su cumplimiento actual por sustancial alteración de las circunstancias que en su momento se tuvieron en cuenta al emitir dicha orden, que deviene, por ello, de imposible cumplimiento. No ha existido a nivel judicial una falta de voluntad en la ejecución de la orden de retorno, pero existe el hecho incontrovertible de la no localización y averiguación del paradero del menor y de su madre... en un momento y en unas circunstancias tan diversas de aquellas que sirvieron para ordenar el retorno del menor, que hacen imposible la ejecución de la orden de retorno por alteración sustancial de circunstancias”.

4.10. Posibilidad de fijar un régimen de visitas en favor del progenitor responsable del traslado ilícito

Habrán los Sres. Fiscales de partir de que no pueden en el procedimiento sobre sustracción establecerse pronunciamientos en materia de guarda y custodia y derecho de visitas, conforme preceptúa el art. 16 del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (vid. en este sentido, AAP Almería secc. 3ª nº 28/2004, de 30 de abril [JUR 2004, 194483]).

Ello no empece, como se analizará infra, a la posibilidad de que durante la tramitación del procedimiento en España, puedan, como medida cautelar, adoptarse provisiones en orden a garantizar el derecho del progenitor demandante a relacionarse con sus hijos.



5. El sistema del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre

5.1. Ideas generales

El Reglamento 2201/2003 (LCEur 2003, 4396) (también denominado Bruselas II bis [LCEur 2003, 4396]), es un instrumento de carácter general y unificador, directamente aplicable.

Este instrumento comunitario profundiza en la necesidad de lograr el retorno inmediato del menor ilícitamente trasladado, reforzando el principio ya consagrado en el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

El sistema se basa en la idea de la libre circulación de resoluciones judiciales y de supresión del exequátur como expresión del principio de confianza mutua, estando además informado por el principio del superior interés del menor (vid. AAP Madrid, secc. 22ª nº 177/2007, de 3 de julio [JUR 2007, 308779]), celeridad (vid. SAP Málaga secc. 6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre [AC 2007, 2085]), y colaboración tendente a la creación de un verdadero espacio europeo. También se cimienta sobre el principio de cooperación entre autoridades.

En las relaciones entre Estados Comunitarios este Reglamento (LCEur 2003, 4396) prevalece sobre las previsiones del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y del Convenio de Luxemburgo (RCL 1984, 2167) (art. 60).

Este Reglamento implica la instauración de un subsistema especial en la Unión Europea, pues sobre la base del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), el Reglamento 2201/2003 (LCEur 2003, 4396) introduce algunas singularidades, permitidas por la mayor cohesión existente entre los países integrados en la UE (vid. art. 60.2).

El engarce con el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) puede encontrarse en el art. 36 de este texto, en el que se dispone que nada de lo dispuesto en el presente Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) impedirá que dos o más Estados contratantes, con el fin de limitar las restricciones a las que podría estar sometida la restitución del menor, acuerden mutuamente la derogación de algunas de las disposiciones del presente Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) que podrían implicar esas restricciones.

Las disposiciones del Reglamento (LCEur 2003, 4396) que abordan lo relativo a la sustracción son básicamente las siguientes: definición de qué se entiende por sustracción (art. 2); competencia judicial (art. 10); cuestiones relativas a la restitución del menor (art. 11); reconocimiento (arts. 40 y siguientes) y cooperación de autoridades (art. 53 y siguientes.). El modelo de certificado que debe cumplimentarse para solicitar el retorno del menor aparece en el anexo IV del Reglamento (LCEur 2003, 4396).

Debe tenerse presente que en relación con el Reglamento (LCEur 2003, 4396) también se ha desarrollado una Guía de Buenas Prácticas.

El Reglamento (LCEur 2003, 4396) abarca en relación con la sustracción internacional de menores tanto el reconocimiento y ejecución de las resoluciones sobre guarda y custodia dictadas en el país de su

residencia habitual (al modo del CL80 [RCL 1984, 2167]) como la acción directa de restitución del menor (al modo del CH80 [RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231]).

5.2. Ámbito de aplicación

5.2.1. Ámbito personal

Aunque el Reglamento (LCEur 2003, 4396) no establece una edad tope en el menor sujeto pasivo de la sustracción, parece lo más razonable partir de que existe una remisión tácita al CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), por lo que no deberá aplicarse más allá de los dieciséis años.

No se tiene en cuenta la nacionalidad sino la residencia habitual en un país comunitario. El Reglamento (LCEur 2003, 4396) sería aplicable a supuestos de sustracciones intracomunitarias de menores. Así, se aplicaría a la sustracción de un menor canadiense con residencia habitual en Francia que es desplazado a España.

5.2.2. Ámbito espacial

En tanto sólo es aplicable a secuestros intracomunitarios, es presupuesto de su aplicación que tanto el Estado de origen como el de destino sean miembros de la Unión. Además, no es aplicable a Dinamarca (vid. AAP Valladolid, sec. 3ª, nº 127/2005, de 14 de noviembre [JUR 2006, 42631]).

5.3. Concepto de traslado ilegal

Conforme al art. 2 del Reglamento (LCEur 2003, 4396) el traslado o retención de un menor es ilícito cuando: a) se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, y b) este derecho se ejercía, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separada o conjuntamente, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención. Se considera que la custodia es ejercida de manera conjunta cuando, en virtud de una resolución judicial o por ministerio de la ley, uno de los titulares de la responsabilidad parental no pueda decidir sin el consentimiento del otro titular sobre el lugar de residencia del menor.

El Tribunal de Justicia ha dado en diversas ocasiones una definición de residencia habitual, en el sentido de que es “el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos”.

En el ámbito del Reglamento 2201/2003 (LCEur 2003, 4396) se parte de que para determinar la residencia debe considerarse como tal el lugar donde el menor tiene una cierta integración en un entorno social y familiar. En la STJUE 22 diciembre 2010 (TJCE 2010, 411), asunto C-497/10 PPU, B. Mercredi y. R. Chaffe se considera que “importa ante todo la voluntad del interesado de fijar en ese Estado el centro permanente o habitual de sus intereses con la intención de conferirle un carácter estable”. En el caso de menores de corta edad viene “determinado por la persona o las personas de referencia con las que vive el menor, que lo guardan efectivamente y cuidan de él”.

5.4. Modificaciones en relación con las excepciones alegables

Conforme al apartado 4 del art. 11 del Reglamento (LCEur 2003, 4396) “los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (esto es, grave riesgo) si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución.”

El argumento del riesgo grave del menor para denegar el retorno se diluye en un ámbito espacial donde impera el principio de confianza mutua.

Como con acierto precisa la SAP Málaga, secc. 6ª nº 238/2014, de 1 de abril (JUR 2014, 283843) esta excepción “impone la necesidad de determinar si la restitución inmediata de la menor expone a la niña, no a la madre, a un peligro grave físico o psíquico, o de cualquier otra manera pone a la menor en una situación intolerable (art. 13 del Convenio [RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231]), y además si, pese a que la restitución puede exponer a la menor a esos peligros físicos o psíquicos graves o a una situación intolerable, el estado requirente ha adoptado o está dispuesto a adoptar medidas adecuadas para la protección de la menor tras su restitución, como se infiere del art. 11 del Reglamento CE 2201/2003 (LCEur 2003, 4396) “.

Por tanto, deberán ser las autoridades del Estado miembro donde residía el menor antes de su desplazamiento las que adopten, si existe un riesgo para el menor en caso de retorno, las medidas de protección adecuadas. Si se demuestra que las han adoptado, el retorno no podrá ser denegado sobre la base del art. 13

b) CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (vid. SAP Málaga, secc. 6ª nº 588/2012, de 13 de noviembre [JUR 2013, 181731]). Por el contrario, si el Estado de residencia habitual no ha adoptado estas medidas, cuando sean necesarias, procede denegar la restitución (SAP Málaga secc. 6ª, nº 463/2007, de 11 de septiembre [AC 2007, 2085]).



Conforme a la Guía práctica para la aplicación del Reglamento (LCEur 2003, 4396) la aplicación de esta previsión exige la adopción de medidas de protección concretas –entendidas como una protección jurídica, psicológica y material–, de tal manera que no basta la existencia en el Estado miembro de origen de procedimientos de protección del menor en un plano teórico.

Los demás motivos de denegación de la restitución del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) se mantienen.

Por lo demás si la invocación de la cláusula de orden público del art. 20 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) debe ser excepcional entre los firmantes de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), mucho más lo habrá de ser entre miembros de la Unión.

5.5. Decisión en última instancia sobre el fondo del asunto

La finalidad del Reglamento (LCEur 2003, 4396) es la de reducir drásticamente el número de traslados y retenciones ilícitas de los menores. Se pretende disuadir a los potenciales sustractores porque la competencia final para decidir la van a mantener en todo caso los órganos jurisdiccionales donde tenía la residencia el menor antes del traslado, decisión que va a ser directamente ejecutoria en todos los Estados miembros.

Conforme al art. 10 del Reglamento (LCEur 2003, 4396) en caso de traslado o retención ilícitos de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitos conservarán su competencia hasta que el menor haya adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y: a) toda persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya dado su conformidad al traslado o a la retención, o bien b) el menor, habiendo residido en ese otro Estado miembro durante un período mínimo de un año desde que la persona, institución u organismo que tenga el derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, esté integrado en su nuevo entorno y se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

i) que en el plazo de un año desde que el titular del derecho de custodia haya tenido o hubiera debido tener conocimiento del paradero del menor, no se haya presentado ninguna demanda de restitución ante las autoridades competentes del Estado miembro al que se haya trasladado o en el que esté retenido el menor,

ii) que se haya desistido de una demanda de restitución presentada por el titular del derecho de custodia sin que haya presentado ninguna nueva demanda en el plazo estipulado en el inciso i),

iii) que se haya archivado, a tenor de lo dispuesto en el apartado 7 del art. 11, una demanda presentada ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos,

iv) que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos hayan dictado una resolución sobre la custodia que no implique la restitución del menor.

El art. 11.8 dispone que aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento (LCEur 2003, 4396) será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor.

Interpretando estos preceptos, en principio, en caso de traslado o retención ilícita de un menor, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que haya sido retenido ilícitamente pueden acordar su no restitución; ahora bien, éstos deberán comunicar su decisión a las autoridades del país en el que residía el menor antes de la sustracción, y si éstas consideran que procede el retorno, su decisión sustituirá a aquella otra, de no retorno, adoptada en el país al que ha sido trasladado el menor. Por tanto, el Estado miembro competente para la cuestión de fondo de la custodia es el que tiene la última palabra acerca del retorno del menor, de modo que el Reglamento (LCEur 2003, 4396) sólo contempla una competencia temporal del tribunal del Estado donde se encuentra sustraído el menor, hasta tanto se pronuncie el tribunal donde residía el menor con anterioridad a su desplazamiento. Determinada la competencia para la cuestión de fondo, sobre la responsabilidad parental, y en relación a las medidas sobre custodia y derecho de visitas del citado menor, es claro que el Tribunal que asuma definitivamente dicha competencia, está facultado para solicitar la devolución del menor, decisión judicial que, debidamente certificada conforme a los modelos que incluye en sus anexos el Reglamento (LCEur 2003, 4396), será inmediatamente reconocida y hecha cumplir en el país a donde se ha llevado al menor de modo ilícito, como si se tratase de una decisión nacional (vid. AAP Madrid, sec. 22ª nº 177/2007, de 3 de julio [JUR 2007, 308779]).

La sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 1 de julio de 2010 (TJCE 2010, 246) (C-211/10, caso Povse vs. Alpagó) declara que “en los casos de traslado ilícito de menores, el art. 10 del Reglamento (LCEur 2003, 4396), como regla general, confiere la competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes de su traslado. Dicha competencia se conserva, en principio, y únicamente se transfiere si el menor ha adquirido una residencia habitual en otro Estado miembro y, además, se cumple uno de los requisitos alternativos enunciados en el referido art. 10”.

5.6. Prohibición de pronunciamiento sobre el fondo

Será también dentro de la Unión plenamente aplicable la disposición del art. 16 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), conforme al que después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el art. 3, las autoridades judiciales o admi-

nistrativas a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor tiene que ser restituído de conformidad con lo dispuesto en el presente Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

Aplicando correctamente el Reglamento (LCEur 2003, 4396), el AAP Almería, secc. 3ª, nº 74/2008, de 9 de junio (AC 2008, 2352), frente a los intentos de que los Tribunales españoles se pronuncien sobre la custodia, con acierto fundamenta la imposibilidad de tal proceder en un caso de sustracción, en base al art. 10 del Reglamento (CE) 2201/2003 (LCEur 2003, 4396).

5.7. Procedimiento

El procedimiento de restitución entre países de la Unión siguen el cauce establecido en el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), modulado con las previsiones del art. 11 del Reglamento (LCEur 2003, 4396), lo que en definitiva supone que la solicitud se formula ante las autoridades del Estado miembro donde el menor haya sido trasladado o retenido, debiendo éstas resolver en un plazo de seis semanas desde la interposición de la demanda, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, en un proceso sustanciado conforme a los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional (art. 11 apartado tercero párrafo segundo).



El derecho del menor a ser oído en el procedimiento se subraya en el apartado 2 del art. 11, que dispone que se velará por que se dé al menor posibilidad de audiencia durante el proceso, a menos que esto no se considere conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez. Tal audiencia se puede realizar por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo de 28 mayo (LCEur 2001, 2232) relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros en la obtención de pruebas en materia civil, que permite el empleo de la videoconferencia y la teleconferencia. Se da gran importancia a la audiencia del menor pero se permite al Juez, dependiendo de las circunstancias concretas concurrentes, prescindir de tal audiencia.

En la Guía de Buenas Prácticas se dispone que debe ser objeto de una interpretación restrictiva la posibilidad de no dar audiencia al menor, con base en su edad o grado de madurez.

La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 22 de diciembre de 2010 (TJCE 2010, 410), C-491/10 PPU, caso Aguirre Zagarra considera que la audiencia al menor no tiene necesariamente que realizarse de forma personal y directa ante el Juez, sino que caben otros medios por los que la voluntad del menor sea tenida en cuenta, partiendo de que en determinados casos la presencia física ante el Juez “puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor (...)”.

El derecho de audiencia de los titulares de la responsabilidad parental se asume en el art. 11.5 del Reglamento (LCEur 2003, 4396) que dispone que los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor sin que se haya dado posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

Para conocer las sedes de los órganos jurisdiccionales en los países de la Unión Europea, con el fin de identificar al Juzgado competente y su dirección, puede consultarse el denominado Atlas Judicial Europeo.

Conforme al art. 116 del Reglamento (LCEur 2003, 4396) en casos de urgencia los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán adoptar medidas protectoras de los menores, sin perjuicio de las disposiciones de competencia del Reglamento (LCEur 2003, 4396).



6. El Convenio bilateral con el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997

La importancia del Convenio (RCL 1997, 1591) suscrito con Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, publicado en el BOE de 24 de junio de 1997 es evidente, teniendo presente el volumen de inmigrantes marroquíes en España y la proliferación de matrimonios mixtos y –hasta hace poco– el hecho de que Marruecos no era parte en los Convenios plurilaterales sobre esta materia.

Los objetivos del Convenio (RCL 1997, 1591), conforme a su art. 1 son:

- a) Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes.
- b) Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado.
- c) Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en territorio de ambos Estados.

El Convenio (RCL 1997, 1591) también se basa en el interés superior del menor. Según el art. 9, al considerar las circunstancias, las Autoridades judiciales tendrán en cuenta (...) únicamente el interés del menor, sin ninguna otra restricción derivada de su derecho interno.

Este Convenio (RCL 1997, 1591) también sigue el sistema de autoridades centrales dejando abierta la posibilidad de que los particulares actúen por sí, al margen de aquellas.

Prevé el apartado g) del número 2 del art. 4 del Convenio (RCL 1997, 1591), como una de las funciones de la Autoridad Central la de promover, en su caso, por mediación del Ministerio Público o del Abogado del Estado, la apertura de un procedimiento judicial o administrativo ante la jurisdicción competente, con el fin de obtener la devolución del menor.

El resto de las funciones de la autoridad central son las siguientes: a) Localizar a un menor desplazado ilícitamente; b) Evitar nuevos peligros para el menor y, en particular, su desplazamiento hacia el territorio de un tercer Estado; c) Facilitar una solución amistosa, supervisar la entrega voluntaria del menor y el ejercicio del derecho de visita; d) Proporcionar información sobre la situación del menor; e) Garantizar la repatriación del menor; f) Proporcionar información sobre la legislación de su Estado, relativa a la aplicación del presente Convenio (RCL 1997, 1591) ; h) Velar por que se tomen, en todos los casos, todas las medidas provisionales, incluso sin procedimiento contradictorio, tendentes a evitar nuevos peligros para el menor o perjuicios para las partes implicadas.

En este convenio la nacionalidad juega un papel importante, ya que el mismo, como indica el art. 2, se aplicará a todo menor de 16 años no emancipado, que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados.

Debe tenerse presente que el 9 de marzo de 2010 Marruecos se ha adherido al CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), entrando en vigor el 1 de junio de 2010.

Cabe plantear qué Convenio será aplicable una vez que Marruecos ha pasado a ser parte del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). Debe partirse de que conforme al art. 34 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) el mismo no impide la aplicación de otros instrumentos internacionales para lograr la restitución de un menor.

Por ello debe mantenerse que tras la ratificación por Marruecos del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), podrá aplicarse en cada caso la norma más favorable para lograr el retorno del menor y para asegurar la protección efectiva de su superior interés, lo que normalmente conducirá a la aplicación del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

7. El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

7.1. Ideas generales

El Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 (RCL 1984, 2167) (en adelante, CL80 [RCL 1984, 2167]) se centra básicamente en el reconocimiento y ejecución de decisiones, contemplando la devolución inmediata del menor en supuestos muy concretos. Se le califica por ello de convenio de reconocimiento y ejecución de decisiones.



Conforme al art. 7 CL80 (RCL 1984, 2167) las resoluciones relativas a la custodia dictadas en un Estado contratante se reconocerán y cuando sean ejecutorias en el Estado de origen, se ejecutarán en cualquier otro Estado contratante.

El CL80 (RCL 1984, 2167) trata de agilizar al máximo el procedimiento de exequátur. A tales efectos, el art. 14 establece que todo Estado contratante aplicará un procedimiento simple y rápido para el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia. Cuidará a tal efecto que la petición de exequatur pueda efectuarse mediante simple instancia.

El CL80 (RCL 1984, 2167) parte también de la limitación de las sustracciones a menores de 16 años.

Conforme al CL80 (RCL 1984, 2167) el traslado puede ser ilícito por ejecutarse con infracción de una resolución previa en materia de custodia; por no retornar al menor tras haber expirado el período de tiem-

po permitido para el ejercicio de un derecho de visita u otra estancia temporal o por haber sido declarado ilícito con posterioridad.

En cuanto a la relación entre el Convenio de Luxemburgo (RCL 1984, 2167) y el de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) puede decirse que es de complementariedad, de manera que incluso puede invocarse la aplicación simultánea de ambos convenios, cuando se dan los presupuestos de ambos y los países implicados los han ratificado.

La Autoridad central española suele decantar por aplicar preferentemente el cauce del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), por ser más efectivo y haber sido ratificado por mayor número de países.

La delimitación de qué sea un traslado ilícito en el sentido del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) se establece en su art. 1.d), entendiéndose por tal el traslado de un menor a través de una frontera internacional, con infracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado.

Por tanto, con carácter general, el concepto de traslado ilícito se conecta con un desplazamiento infringiendo una resolución.

Puede recabarse información sobre este Convenio (RCL 1984, 2167) y los Estados signatarios en la siguiente dirección: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/105/signatures>.

7.2. Excepciones

Las posibilidades de plantear excepciones a la reclamación de restitución se recogen en los arts. 8 y ss CL80 (RCL 1984, 2167).

Las posibilidades de excepcionar se amplían si la solicitud de restitución del menor se efectúa una vez transcurrido el plazo de seis meses desde que fue sustraído (vid. art. 10 CL80 [RCL 1984, 2167]).

Las causas de denegación del reconocimiento son básicamente, conforme a los art. 9 y 10 el respeto a los derechos de defensa, el interés del menor y la contrariedad con los principio de Derecho de Familia del Estado requerido.

7.3. Procedimiento

El Convenio (RCL 1984, 2167) se estructura sobre un procedimiento simple, rápido y gratuito, así como sobre el principio de confianza entre los Estados parte.

Es necesaria una resolución judicial previa sobre la custodia. Cada estado parte debe determinar también quién será la autoridad que decida sobre el reconocimiento de tal resolución.

El Convenio (RCL 1984, 2167) parte de distinguir las distintas modalidades de sustracción ilícita para otorgarles un distinto tratamiento:

1) cuando padres e hijo poseen la nacionalidad del país de residencia habitual y este país es el que dicta la resolución, el nivel de exigencias para la devolución es mínimo (vid. art. 8).

2) Cuando no se cumplen las condiciones anteriores pero la solicitud se formula antes de los seis meses del desplazamiento, se introducen un número limitado de causas denegatorias (vid. art. 9).

3) Cuando la solicitud se formula en las condiciones anteriores pasados los seis meses se incrementan los requisitos exigibles y las causas de denegación (art. 10).

8. Aspectos procedimentales internos

8.1. Cuestiones generales

El CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) establece unos mínimos procesales, y así en su art. 2 dispone que los Estados Contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispon-

gan. Consiguientemente, el procedimiento debe ser, en todo caso, de urgencia. Parecidas disposiciones se incluyen en el Convenio de Luxemburgo (RCL 1984, 2167) y en el Convenio bilateral con Marruecos (RCL 1997, 1591).



La LOPJM (RCL 1996, 145) introdujo un procedimiento específico desde el punto de vista interno para sustanciar las reclamaciones de otros países firmantes de Convenios sobre sustracción de menores. Este procedimiento se ubicó en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881 (LEG 1881, 1), bajo la denominación “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” (arts. 1.901 a 1.909 LEC [LEG 1881, 1]), que conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la nueva LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), debía mantenerse en vigor hasta el dictado de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (RCL 2015, 1016, 1354).

La Disposición Final Decimoctava preveía que en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, previsión que dio lugar al Proyecto de Ley de 27(sic) de octubre de 2006 (LEG 2006, 7083) (121/000109) de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil que no llegó a ser aprobado.

Ya durante la vigencia de los arts. 1901 y ss LEC (LEG 1881, 1), pese a que el procedimiento se ubicaba formalmente en la normativa sobre jurisdicción voluntaria, se admitía siempre que hubiera oposición (como ocurre en la práctica generalidad de los supuestos) su naturaleza material de procedimiento civil contencioso (en este sentido, AAP Valencia, sec. 10ª, nº 236/2002, de 29 de noviembre [JUR 2003, 53822]).

Como ya se adelantó supra, la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016, 1354), de la Jurisdicción Voluntaria deroga el procedimiento contenido en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881 (LEG 1881, 1), introduciendo el nuevo Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), integrado por los arts. 778 quáter a 778 sexies, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

Conforme al preámbulo de la Ley 15/2015 (RCL 2015, 1016, 1354) “la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) sirve también para actualizar el procedimiento para el retorno de los menores en los casos de sustracción internacional, al objeto de asegurar una mejor protección del menor y de sus derechos. Esta reforma revisa la opción legislativa consistente en mantener esta materia dentro del campo de la jurisdicción voluntaria y fuera del ámbito propio de los procesos contenciosos de familia, pues se trata de procesos que poco tienen que ver con las normas relativas a la jurisdicción voluntaria. Por este motivo se aborda ahora su regulación como un proceso especial y con sustantividad propia, a continuación de los procesos matrimoniales y de menores en la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) “.

En los procedimientos sobre sustracción ilícita son aplicables las peculiaridades procesales propias de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, y en concreto las señaladas en el art. 752

LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), sobre la inexistencia de preclusión para la alegación e introducción de hechos, en la investigación de oficio de la verdad material y en la plenitud de efectos del principio de libre valoración de la prueba (AAP Murcia, secc. 4ª, nº 112/2011, de 10 de junio [AC 2011, 1376] ; AAP Santa Cruz de Tenerife, secc. 1ª nº 175/2006, de 18 de septiembre [JUR 2007, 8581]).

8.2. Ámbito de aplicación

El inciso primero del apartado primero del art. 778 quáter dispone que “en los supuestos en que, siendo aplicables un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor o su retorno al lugar de procedencia por haber sido objeto de un traslado o retención ilícito y se encuentre en España, se procederá de acuerdo con lo previsto en este Capítulo”.

El tenor del art. 778 quáter apunta a que este procedimiento especial será de aplicación cualquiera que sea el Convenio, de entre los suscritos por España, que se alegue (Convenio de Luxemburgo [RCL 1984, 2167], Convenio de La Haya [RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231], Convenio Bilateral con Marruecos [RCL 1997, 1591] y Reglamento Bruselas bis II [LCEur 2003, 4396]).

Con el régimen derogado existían discrepancias doctrinales al respecto, defendiendo algunos autores que el procedimiento especial sólo era aplicable a las demandas amparadas en el Convenio de La Haya de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). Estas discrepancias deben entenderse superadas a la vista de la claridad con la que se pronuncia el nuevo art. 778 quáter a la hora de determinar el ámbito de aplicación del procedimiento.

El inciso segundo del apartado primero del art. 778 quáter dispone que “no será de aplicación a los supuestos en los que el menor procediera de un Estado que no forma parte de la Unión Europea ni sea parte de algún convenio internacional”.

Por tanto, el procedimiento especial sólo es aplicable cuando lo sea alguno de los Convenios que sobre sustracción internacional de menores ha ratificado España.

Consiguientemente no será aplicable el procedimiento especial cuando el Estado requirente no sea parte en ninguno de los Convenios (en este sentido ya se pronunciaron los AAP Málaga, secc. 6ª de 15 de diciembre de 1997 y Cuenca, secc. 1ª, nº 29/2004, de 10 de junio [JUR 2004, 179694]).

Atiende el Legislador la sugerencia realizada por el informe del Consejo Fiscal de 17 de diciembre de 2013 al Anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria en el que se reseñaba que “debiera resolverse expresamente otra duda que se ha planteado con la normativa vigente: la no aplicación del procedimiento especial a supuestos en los que el Estado de procedencia no es parte del Convenio. Esta es la opción preferible pues como se ha mantenido por un sector de la doctrina fuera del ámbito convencional sigue existiendo la obligación de asegurar el interés del menor, pero en este caso la garantía de una efectiva tutela del menor viene determinada según los parámetros del ordenamiento español, es decir, se facilita el procedimiento cuando hay condiciones objetivas para ello y se mantiene el cauce ordinario de cooperación judicial internacional o de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras cuando no resulta aplicable un convenio”.

Por tanto, en estos supuestos en los que no es aplicable el procedimiento especial será necesario acudir a los mecanismos generales de exequátur y de cooperación judicial internacional, como también apunta el CGPJ en su informe al Anteproyecto de 27 de febrero de 2014. A estos efectos habrá de tenerse presente la Ley 29/2015, de 30 de julio (RCL 2015, 1200), de cooperación jurídica internacional en materia civil.

8.3. Legitimación y postulación

Conforme al apartado tercero del art. 778 quáter “podrán promover el procedimiento la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o un régimen de estancia o visitas, relación o comunicación del menor, la Autoridad Central española encargada del cumplimiento de las obligaciones impuestas por el correspondiente convenio, en su caso, y, en representación de ésta, la persona que designe dicha autoridad”.

En definitiva, existe una legitimación activa doble: la del titular custodio por sí o la del titular custodio a través de la autoridad central española, que a su vez actúa por medio de los Abogados del Estado.

A efectos de la legitimación, qué sea el derecho de custodia habrá de ser interpretado a la luz de las previsiones del Convenio cuya aplicación se solicite.

El Fiscal no tiene legitimación para promover por sí el procedimiento, aunque tenga la consideración de parte necesaria en el mismo.



Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, la tendrá el progenitor o familiar autor del traslado.

Las actuaciones se practicarán siempre con intervención del Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales intervendrán en defensa del interés del menor cualquiera que sea la persona o entidad que promueva la restitución.

El apartado cuarto del art 778 quáter aborda los requisitos de postulación, disponiendo que las partes deberán actuar con asistencia de Abogado y representadas por Procurador. La intervención de la Abogacía del Estado, cuando proceda a instancia de la Autoridad Central española, cesará desde el momento en que el solicitante de la restitución o del retorno comparezca en el proceso con su propio Abogado y Procurador.

Se modifica el régimen de la LEC 1881 (LEG 1881, 1), que al guardar silencio sobre este punto generó la interpretación de que por aplicación de las normas generales de la jurisdicción voluntaria (vide art. 10.1 y 3 LEC 1881 [LEG 1881, 1], en relación a la disposición derogatoria única de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]) no era necesaria la asistencia de Letrado ni la representación por Procurador. Una materia extremadamente compleja como es la analizada exige requisitos de postulación.

8.4. Procedimiento

8.4.1. Iniciación

El escrito de iniciación, a diferencia de lo que ocurría en el régimen derogado necesita adaptarse a la forma de demanda y deberá acompañarse de los documentos que el Convenio aplicable requiera.

En efecto, el apartado primero del art. 778 quinquies dispone que el procedimiento se iniciará mediante demanda en la que se instará la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia e incluirá toda la información exigida por la normativa internacional aplicable y, en todo caso, la relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se considere que ha sustraído o retenido al menor, así como los motivos en que se basa para reclamar su restitución o retorno. Deberá igualmente aportar toda la información que disponga relativa a la localización del menor y a la identidad de la persona con la que se supone se encuentra.

A la demanda deberá acompañarse la documentación requerida, en su caso, por el correspondiente convenio o norma internacional y cualquier otra en la que el solicitante funde su petición.

No obstante, el incumplimiento en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio no deberá llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio *pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes.

La naturaleza de este procedimiento impone una interpretación flexible de los requisitos formales exigibles. La documentación a presentar habrá de ser la imprescindible. Deben evitarse formalismos superfluos o innecesarios, contrarios a la celeridad, *ratio essendi* de este procedimiento.

La tramitación del procedimiento deberá realizarse en el plazo de seis semanas desde la fecha en que se hubiere solicitado ante el Juez la restitución del menor.

La calificación de preferente del procedimiento (apartado quinto del art. 778 quáter) debe tener como consecuencia concreta que otros procesos sobre guarda y custodia no podrán ser resueltos hasta tanto no se decida primero sobre el proceso de sustracción internacional y sólo cabrá pronunciarse sobre la guarda y custodia cuando en el proceso de sustracción internacional se haya acordado la improcedencia de la restitución.

También las previsiones nuevas de los apartados sexto del art. 778 quáter (efectos de la prejudicialidad penal) y séptimo (cooperación internacional) se orientan a la implementación del principio de celeridad.

Habrán los Sres. Fiscales de partir de la improcedencia, por aplicación de su carácter de urgente y preferente, de la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

El *petitum* puede ser doble: bien la restitución del menor, bien el retorno. Aunque la norma no especifica, habrá de entenderse que el “retorno” consistirá en el traslado del menor al lugar de su residencia, mientras que la “restitución”, sería la entrega del menor a la persona que la ha reclamado, sea ésta realizada en el Estado dónde el menor se encuentra sustraído, en el de su residencia habitual o, incluso, en un tercer Estado. Si la sentencia de este proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de restitución del menor a una persona, el mandato judicial se cumplirá con la entrega del menor a esa concreta persona, que será la responsable de desplazarlo ulteriormente a su Estado de residencia. Si la sentencia del proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de retorno del menor, entonces el mandato judicial se cumplirá con el desplazamiento del menor al Estado requirente.

8.4.2. Competencia

La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) dispone que para determinar qué autoridades judiciales o administrativas son competentes para decidir sobre solicitudes de decisión de retorno en el marco del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), deben tenerse en cuenta los principios de funcionamiento del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), y particularmente los de rapidez y coherencia.

Disponía el derogado art. 1902 que será competente el Juez de Primera instancia en cuya demarcación judicial se halle el menor que ha sido objeto de un traslado o retención ilícitos. Pese a la aparente claridad del art. 1902 LEC (LEG 1881, 1) se plantearon dudas, pues al intervenir en la mayoría de los casos el Abogado del Estado surgía la cuestión de la aplicabilidad del art. 15 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2819), de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas que dispone que para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sea parte el Estado (...) serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla.

El apartado segundo del art. 778 quáter disipa las dudas al establecer ahora que en estos procesos, será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital de la provincia, de Ceuta o Melilla, con compe-

tencias en materia de derecho de familia, en cuya circunscripción se halle el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, si lo hubiere y, en su defecto, al que por turno de reparto corresponda. El Tribunal examinará de oficio su competencia.

La opción del Legislador es acertada pues teniendo en cuenta los intereses en juego, son necesarios fueros que favorezcan la especialización y la concentración de las competencias. En este sentido se pronunciaron la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) y la Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (LCEur 2003, 4396).

La claridad de la norma evita también posibles dudas sobre la competencia en los casos en los que por instar la restitución el propio progenitor no intervenga la Abogacía del Estado: también en estos casos será competente el Juzgado de Primera Instancia de la capital.

El carácter preferente debe llevar a atribuir competencia al Juzgado de Guardia en caso de inicio de actuaciones en días inhábiles. Será aplicable el art. 70 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en relación con el art. 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril (RCL 2005, 932), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio (RCL 1995, 2073 y RCL 1996, 568), de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005 (RCL 2005, 932).



Conforme al art. 42.5 el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), de Enjuiciamiento Civil.

Recordemos que conforme al art. 70 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable.

Conforme al apartado tercero del art. 778 quinquies “cuando el menor no fuera hallado en el lugar indicado en la demanda, y si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Secretario judicial sobre su domicilio o residencia, éstas son infructuosas, se archivará provisionalmente el procedimiento hasta ser encontrado.

Si el menor fuera hallado en otra provincia, el Secretario judicial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes personadas por el plazo de un día, dará cuenta al Juez para que resuelva al día siguiente lo que proceda mediante auto, remitiendo, en su caso, las actuaciones al Tribunal que considere territorialmente competente y emplazando a las partes para que comparezcan ante el mismo dentro del plazo de los tres días siguientes”.

Debe entenderse que el desplazamiento del menor a otra provincia no supone automáticamente la modificación de la competencia. El Juez deberá decidir si continúa conociendo del asunto o si lo remite al Juzgado de la capital de provincia a la que se ha desplazado el menor. Los Sres. Fiscales promoverán la perpetuatio iurisdictionis del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento. En este sentido, el informe del CGPJ al Anteproyecto consideraba que “el hallazgo del menor en provincia distinta de la inicial no comporta necesariamente la pérdida de competencia del Juzgado que hubiera empezado a conocer del procedimiento, lo cual es razonable, pues desincentiva posibles comportamientos itinerantes de la persona que ha sustraído o retiene al menor, con el ánimo de ir frustrando sucesivamente los procedimientos instados antes autoridades judiciales españolas”.

8.4.3. Medidas cautelares durante la sustanciación del procedimiento

Cabe al tiempo de promover el procedimiento de restitución adoptar medidas cautelares en relación con la custodia del menor y cualquier otra medida de aseguramiento que se estime pertinente.

El apartado octavo del art. 778 quáter dispone a tales efectos que “el Juez podrá acordar a lo largo de todo el proceso, de oficio, a petición de quien promueva el procedimiento o del Ministerio Fiscal, las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor que estime pertinentes conforme al art. 773, además de las previstas en el art. 158 del Código Civil (LEG 1889, 27).

Del mismo modo podrá acordar que durante la tramitación del proceso se garanticen los derechos de estancia o visita, relación y comunicación del menor con el demandante, incluso de forma supervisada, si ello fuera conveniente a los intereses del menor”.

Por tanto, habrá de entenderse admisible la adopción de medidas cautelares de oficio por el Juez. Queda fuera de toda duda la legitimación del Fiscal para promover la tutela cautelar. Se confiere expresa legitimación al Fiscal, en coherencia con su papel constitucional como defensor de los derechos de los ciudadanos y especialmente de los menores.

A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberán los Sres. Fiscales evaluar si concurre riesgo de que tras la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) alienta la adopción de medidas cautelares al entender que pueden jugar un papel muy importante en el éxito y en la rapidez con que avance un caso de retorno de La Haya. En algunos casos, puede ser necesario que los tribunales protejan el bienestar del menor antes de una decisión definitiva. En otros casos, puede ser necesario que los tribunales prevengan la huida de uno de los padres y del hijo fuera de la jurisdicción o que se le esconda en el interior de la jurisdicción. A tal efecto, la ley de aplicación puede contemplar la posibilidad que el juez pueda dar una orden previniendo el desplazamiento del menor para evitar una solicitud de retorno, o ordenar la colocación de un menor en situación de custodia temporal a modo de protección si existe riesgo de que el menor sea desplazado fuera de la jurisdicción o escondido en ésta antes de una orden de un tribunal.

También podrá acordarse como medida cautelar el reconocimiento de un derecho de visitas provisional al progenitor reclamante, si se encuentra en España. Esta previsión merece un juicio positivo. La conclusión 7a del Seminario Judicial Internacional sobre el Convenio de La Haya de 1980 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores celebrado en Ruwenberg, Países Bajos, entre el 20 y el 23 de octubre de 2001 declaraba que un tribunal competente para tratar de una solicitud de restitución de un menor debería tener también autoridad para decidir sobre una solicitud provisional de visita estando en trámite el procedimiento de restitución.

El ya reseñado art. 9.3 CDN (RCL 1990, 2712) (derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular) aconseja que los Sres. Fiscales apoyen tal posibilidad, salvo que concurran en el caso concreto circunstancias que, a la luz del superior interés del menor, justifiquen el mantenimiento de la situación inicial.

El inciso segundo del apartado quinto del art. 778 quinquies de nuevo prevé la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando al primer llamamiento el demandado no comparece o no lo hace en forma, no presentando al menor. Es claro que en estos casos el comportamiento procesal del demandado pone de manifiesto un incremento en el periculum in mora, por lo que será especialmente aconsejable la adopción, si no se hubiera hecho ya, de medidas cautelares.

8.4.4. Comparecencia del demandado

El apartado segundo del art. 778 quinquies LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) dispone que “el Secretario judicial resolverá sobre la admisión de la demanda en el plazo de las 24 horas siguientes y, si entendiera que ésta no resulta admisible, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda dentro de dicho plazo.

En la misma resolución en la que sea admitida la demanda, el Secretario judicial requerirá a la persona a quien se impute la sustracción o retención ilícita del menor para que, en la fecha que se determine, que no podrá exceder de los tres días siguientes, comparezca con el menor y manifieste si accede a su restitución o retorno, o se opone a ello, alegando en tal caso alguna de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable.

El requerimiento se practicará con los apercibimientos legales y con entrega al requerido del texto del correspondiente convenio o norma internacional aplicable”.

Será una buena práctica la de promover ya en este momento procesal la audiencia del menor, pues se prevé su asistencia, a fin de evitarle ulteriores comparecencias en el Juzgado.

8.4.5. Resolución sin oposición

El apartado cuarto del art. 778 quinquies dispone que “llegado el día, si el requerido compareciere y accediere a la restitución del menor o a su retorno al lugar de procedencia, según corresponda, el Secretario judicial levantará acta y el Juez dictará auto el mismo día acordando la conclusión del proceso y la restitución o el retorno del menor, pronunciándose en cuanto a los gastos, incluidos los de viaje, y las costas del proceso.

El demandado podrá comparecer en cualquier momento, antes de la finalización del procedimiento, y acceder a la entrega del menor, o a su retorno al lugar de procedencia, siendo de aplicación lo dispuesto en este apartado”.

Habrán de entender los Sres. Fiscales que en esta modalidad de allanamiento no será necesaria la audiencia del menor.

Si no compareciese o si comparecido no lo hiciera en forma, ni presentara oposición ni procediera, en este caso, a la entrega o retorno del menor, conforme al apartado quinto del art. 778 quinquies el Secretario judicial en el mismo día le declarará en rebeldía y dispondrá la continuación del procedimiento sin el mismo, citando únicamente al demandante y al Ministerio Fiscal a una vista ante el Juez que tendrá lugar en un plazo no superior a los cinco días siguientes. Esta resolución deberá ser notificada al demandado, tras lo cual no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso.

8.4.6. Contestación

Conforme al apartado sexto del art. 773 ter “si en la primera comparecencia el requerido formulase oposición a la restitución o retorno del menor al amparo de las causas establecidas en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, lo que deberá realizar por escrito, el Secretario judicial en el mismo día dará traslado de la oposición y citará a todos los interesados y al Ministerio Fiscal a una vista que se celebrará dentro del improrrogable plazo de los cinco días siguientes”.

8.4.7. Celebración de la vista. Asistentes

Conforme al párrafo primero del apartado séptimo del art. 773 ter “la celebración de la vista no se suspenderá por incomparecencia del demandante. Si fuera el demandado que se hubiera opuesto quien no compareciere, el Juez le tendrá por desistido de la oposición y continuará la vista”.



Si la inasistencia se produjese por parte de la representación de la autoridad central, habrá de entenderse que el interés público subyacente en este procedimiento hace inaplicable el instituto del desistimiento, por lo que o se suspende el acto o continúa la tramitación del mismo. En estos casos, partiendo de que la inasistencia del Abogado del Estado necesariamente debe traer causa en una disfunción organizativa, los Sres. Fiscales promoverán la suspensión. Por ello deben impugnarse resoluciones como la adoptada en el AAP Valencia, secc. 10ª, nº 236/2002 (JUR 2003, 53822) que declara que la exigencia de asistencia a la vista es una carga a las partes demandantes en todo caso, sean particulares o sea la Abogacía del Estado, avalándose la resolución del Juez de instancia de tener por desistido al Abogado del Estado pese a que comunicó vía fax la imposibilidad de asistir a la comparecencia. Este desistimiento sui generis se compadece mal con la intervención necesaria del Fiscal y con los elementos de orden público concurrentes.

Solamente podrá darse operatividad al desistimiento del demandante mediante una declaración de voluntad documentada, por encontrarnos ante una materia de orden público internacional. No cabrá deducir un desistimiento por actitudes pasivas.

El art. 1815 LEC 1881 (LEG 1881, 1) habilitaba al Fiscal para emitir su informe por escrito. Con el nuevo marco procesal y teniendo presente que en estos procedimientos la celeridad es vital, salvo la concurrencia de causas excepcionales, deberá evitarse el traslado del expediente a Fiscalía, a fin de conjurar posibles dilaciones.

La asistencia de los Sres. Fiscales a la vista debe considerarse, teniendo presente los intereses en juego, como absolutamente prioritaria.

No debe exigirse la comparecencia personal del requirente al acto de la vista. Esta comparecencia ni se prevé en los Convenios ni en la Ley. Su exigencia supondría una complicación injustificada al retorno. En este sentido se pronuncia la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) : “debido al carácter internacional del Convenio y a las distancias geográficas que se dan, la exigencia jurídica en algunos países de la comparecencia personal del solicitante en el procedimiento en el Estado requerido puede ocasionar retraso en los procedimientos y añadir unos gastos excesivos para el solicitante. Requerir la presencia personal del demandante en los procedimientos, puede provocar, en algunos casos, la imposibilidad de recurrir al Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) “.

Conforme al párrafo segundo del apartado séptimo del art. 773 quinquies durante la celebración de la vista “se oír a las partes que comparezcan para que expongan lo que estimen procedente, en concreto, a la persona que solicitó la restitución o retorno, al Ministerio Fiscal y a la parte demandada, incluso si compareciere en este trámite por vez primera”.

En cuanto a la prueba, se practicarán, en su caso, las pruebas útiles y pertinentes que las partes o el Ministerio Fiscal propongan y las que el Juez acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre la ilicitud o no del traslado o retención y las medidas a adoptar, dentro del plazo improrrogable de seis días. El Juez podrá también recabar, de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, los informes que estime pertinentes cuya realización será urgente y preferente a cualquier otro proceso.

Deben los Sres. Fiscales tener presente que sólo son admisibles pruebas para decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, sobre la concurrencia de presupuestos fácticos de las excepciones y sobre las medidas a adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas que traten de articularse para decidir sobre quien tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

La previsión de que el Juez acuerde la elaboración de informes tras oír al menor ha de cohonestarse con la necesidad de celeridad. Debe en cada caso sopesarse la utilidad de estos informes. Teniendo en cuenta el limitado objeto del proceso, debe aplicarse rigor a la hora de admitir sólo la prueba pertinente y necesaria, respetando los plazos breves marcados por la Ley y los Convenios.

Deben los Sres. Fiscales tener en cuenta la experiencia del Servicio Social Internacional (SSI) en asuntos de sustracción de menores y su papel a instancias de los órganos jurisdiccionales para informar sobre las condiciones de vida del niño en su nuevo entorno o en su entorno anterior, así como para mediar entre los progenitores.



También puede ser del máximo interés la prueba del derecho extranjero del lugar de residencia habitual del menor, para calibrar si ha existido traslado ilegal. A este respecto, el informe Pérez Vera considera en su punto 94 que (...) en el caso de que el traslado haya tenido lugar antes de que se haya dictado una resolución relativa a la custodia del menor, la Autoridad central del Estado de la residencia habitual de este menor podrá expedir una certificación sobre el contenido del derecho de dicho Estado, con vistas a la aplicación del Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231). Este mismo informe, en su punto 101 declara que la prueba del contenido del derecho del Estado de la residencia habitual del menor se puede establecer bien con una certificación, bien con una declaración responsable, es decir mediante documentos que incluyan declaraciones solemnes que comprometan la responsabilidad de sus autores. En cuanto a quién puede realizar tales declaraciones, el Convenio (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) ha elegido una fórmula amplia que debe facilitar la tarea del demandante... Así pues, además de las Autoridades centrales y de las demás autoridades competentes del Estado de la residencia habitual del menor, las declaraciones en cuestión pueden proceder de cualquier persona cualificada, por ejemplo de un notario, de un abogado o de instituciones científicas. Por su parte, el punto 119 propugna una flexibilización de la prueba del derecho extranjero.

Si no se ha podido practicar toda la prueba en el acto de la vista, y se estima que ésta es indispensable, puede fijarse un nuevo plazo improrrogable de seis días para su práctica.

8.4.8. Audiencia del menor

Conforme al párrafo primero del apartado octavo del art. 778 quinquies “antes de adoptar cualquier decisión relativa a la procedencia o improcedencia de la restitución del menor o su retorno al lugar de procedencia, el Juez, en cualquier momento del proceso y en presencia del Ministerio Fiscal, oirá separadamente al menor, a menos que la audiencia del mismo no se considere conveniente atendiendo a la edad o grado de madurez del mismo, lo que se hará constar en resolución motivada”.

El párrafo segundo del apartado octavo del art. 778 quinquies reproduce la previsión ya contenida en la regla 4ª párrafo tercero del art. 770 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), añadida por la disposición final 1ª de Ley 15/2005 de 8 julio (RCL 2005, 1471): “en la exploración del menor se garantizará que el mismo pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Esta actuación podrá realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar”.

Por tanto, la audiencia al menor no debe tener lugar en la vista del juicio verbal. Debe oírsele separadamente. Ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente. El Fiscal debe, como regla general, asistir a la exploración del menor, pudiendo formularle preguntas. Será especialmente recomendable que el Fiscal asista, a fin de que pueda formarse adecuadamente su criterio. La intermediación en estos casos es fundamental para calibrar las circunstancias del menor y para valorar adecuadamente lo que el mismo exponga.

Debe aquí recordarse que nuestro máximo intérprete constitucional, en relación con una causa civil en la que no se permitió al Fiscal asistir a la exploración, declara que si bien los arts. 138.2 y 754 LEC permiten celebrar las audiencias de menores sin asistencia de las partes “tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a los menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias” (STC nº 17/2006, de 30 de enero [RTC 2006, 17]). Tal doctrina es plenamente aplicable en el ámbito del proceso sobre retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.

Los Sres. Fiscales promoverán la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

Podrá omitirse la audiencia del menor tanto cuando se estime que no tiene suficiente juicio para ello como cuando éste, voluntariamente, deje de comparecer, si se considera que tiene suficiente madurez.

En cuanto a las pautas de valoración, debemos remitirnos a lo reseñado en el epígrafe 4.6.7.

8.4.9. Decisión

El apartado nueve del art. 778 quinquies dispone que “celebrada la vista y, en su caso, practicadas las pruebas pertinentes, dentro de los tres días siguientes a su finalización, el Juez dictará sentencia en la que se pronunciará únicamente sobre si el traslado o la retención son ilícitos y acordará si procede o no la restitución del menor a la persona, institución u organismo que tenga atribuida la guarda y custodia o su retorno al lugar de procedencia para permitir al solicitante el ejercicio del régimen de estancia, comunicación o relación con el menor, teniendo en cuenta el interés superior de éste y los términos del correspondiente convenio o de las disposiciones de la Unión Europea en la materia, según el caso. La resolución que acuerde la restitución del menor o su retorno establecerá detalladamente la forma y el plazo de ejecución, pudiendo adoptar las medidas necesarias para evitar un nuevo traslado o retención ilícito del menor tras la notificación de la sentencia”.

El anterior art. 1908 LEC 1881 (LEG 1881, 1) preveía la resolución en forma de auto, lo que dio lugar a una práctica dispersa. Con la nueva regulación, queda claro que la decisión ha de adoptar la forma de sentencia, como es lógico y coherente con la naturaleza contenciosa del procedimiento.

La sentencia debe pronunciarse además sobre las costas, que han de imponerse a la persona que hubiere trasladado o retenido al menor. El mismo régimen será aplicable a los gastos de viaje y los que ocasione la restitución o retorno del menor al Estado donde estuviera su residencia habitual con anterioridad a la sustracción.

8.4.10. Recursos

La sentencia es apelable. El apartado decimoprimer del art. 778 quinquies desarrolla su tramitación, basada en el principio de celeridad.

El recurso de apelación tiene en la nueva regulación, además de los devolutivos, efectos suspensivos, y coherentemente, la nueva redacción del art. 525 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) declara que las sentencias dictadas sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y derechos honoríficos no serán en ningún caso susceptibles de ejecución provisional. En el procedimiento de la LEC 1881 (LEG 1881, 1), se regulaba un recurso de apelación en un solo efecto, con el fin de evitar dilaciones y preservar el plazo máximo de seis meses de duración del procedimiento. No obstante, tal previsión generaba problemas, pues la ejecución de la restitución antes de la resolución de la apelación podía llevar a situaciones gravemente perturbadoras.

Por todo ello, la opción del Legislador por configurar la apelación con efecto suspensivo debe estimarse acertada. La recta aplicación de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) no debiera generar dilaciones incompatibles con el espíritu del Convenio: la apelación debe ser resuelta en el improrrogable plazo de 20 días. Los plazos procesales, cuando afectan a causas en las que el interés del menor resulta directamente afectado, han de ser escrupulosamente respetados.

Debe ponerse fin a las disfunciones detectadas durante la vigencia de la apelación prevista en la Sección Segunda del Título IV del Libro III de la LEC 1881 (LEG 1881, 1) en que se han venido detectando graves dilaciones incompatibles con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.



En este sentido, el informe del Consejo Fiscal consideraba que el reconocimiento de la apelación en ambos efectos debiera traer consigo un riguroso cumplimiento del plazo de veinte días para su resolución. En otro caso, los efectos pueden ser demoledores para el procedimiento.

Por último, debe tenerse en cuenta que en atención a la naturaleza de la pretensión que se sustan-

cia, los requisitos formales del recurso de apelación deben verse atemperados. Así en el caso examinado por la SAP Asturias, secc. 7ª, nº 8/2008, de 15 de enero (AC 2008, 1697), en el que se alega de forma sorpresiva la excepción de grave riesgo para el menor, para la Sala “dicha alegación no se ve afectada por el principio de inmutabilidad de los términos del debate que resultaría de la aplicación del principio *pendente appellatione nihil innovetur* y lo dispuesto en el art. 456-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (...) por serle de aplicación la excepción que, en procedimientos como el que nos ocupa, en que se ven involucrados intereses de personas menores de edad o incapacitadas, establece el art. 752.1 del citado Texto Legal (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)”.

8.4.11. Ejecución

En cuanto a las disposiciones adoptadas para materializar la restitución, ante las lagunas que en este punto presenta el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) parece conveniente especificarlas en la resolución judicial con el máximo detalle: mientras más pormenorizadamente se determinen, menores posibilidades de conflicto habrá.

El punto 6.7 de la Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) también postula la necesidad de que la decisión de retorno establezca en detalle la forma en que ha de ejecutarse.

La necesidad de una rápida ejecución de las decisiones de retorno fue destacada por la Comisión en su cuarta reunión, insistiéndose, por la delegación española, en la conveniencia de establecer medidas cautelares para evitar el ocultamiento del menor con posterioridad a su adopción.

Debe también recordarse que una de las obligaciones de las autoridades centrales es la de la puesta en práctica de las medidas administrativas necesarias y pertinentes en cada caso para garantizar el retorno sin peligro del menor, por lo que habrá en su caso de prestar la necesaria asistencia al Juzgado ejecutante.

Es claro que ante una actitud renuente o rebelde del progenitor sustractor habrán de acordarse las medidas procedentes, incluso la actuación coactiva a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La Guía de Buenas Prácticas del Convenio de La Haya (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) en su punto 4.2.2.8 bajo la rúbrica “asegurar la ejecución de la decisión” dispone que “los servicios sociales y de policía pueden ser requeridos para que aporten toda la asistencia necesaria a la Autoridad central para asegurar la ejecución de la orden de retorno o impedir el desplazamiento del menor fuera del país antes del retorno”.

El nuevo apartado decimotercero del art 778 quinquies incorpora estas recomendaciones disponiendo que “en la ejecución de la sentencia en la que se acuerde la restitución del menor o su retorno al Estado de procedencia, la Autoridad Central prestará la necesaria asistencia al Juzgado para garantizar que se realice sin peligro, adoptando en cada caso las medidas administrativas precisas.

Si el progenitor que hubiera sido condenado a la restitución del menor o a su retorno se opusiere, impidiera u obstaculizara su cumplimiento, el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia de forma inmediata, pudiendo ayudarse de la asistencia de los servicios sociales y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

La decisión de retorno no necesariamente conlleva la entrega del menor al progenitor promotor del procedimiento. En ocasiones, por más que pueda ser aparentemente paradójico, habrá de garantizarse el retorno del menor al Estado de origen junto a su secuestrador, que puede ser quien habitualmente ejerza la guarda y custodia.

Si la sentencia del proceso de sustracción internacional de menores es estimatoria de la pretensión de restitución del menor, a una persona, institución u organismo que tenga atribuida la custodia, el mandato judicial se cumplirá con la entrega del menor a esa concreta persona, que será en su caso la responsable de desplazarlo a su Estado de residencia.

La multiplicidad de situaciones que pueden darse en la realidad impide una mayor concreción, más allá de la exposición de los recursos potencialmente aprovechables para articular la ejecución.

8.4.12. Mediación

El apartado decimosegundo del art. 778 quinquies establece la posibilidad de acordar la suspensión de la tramitación del procedimiento para articular una mediación.

La previsión de un procedimiento de mediación respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva es expresamente recogida por el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), que en su art. 7 impone a las Autoridades centrales la obligación de facilitar una solución amigable del conflicto poniendo los medios necesarios para ello, entre los que se encuentra la mediación familiar.

El Informe Pérez Vera en su punto 92 consagra el deber de las Autoridades centrales de tratar de encontrar una solución extrajudicial al asunto: el número de casos que es posible resolver sin tener que recurrir a los tribunales es considerable. Ahora bien, una vez más, es la Autoridad central la que, en esas etapas previas a un eventual procedimiento judicial o administrativo, dirige la evolución del problema; así pues, a ella le corresponde decidir en qué momento han fracasado los intentos llevados a cabo para garantizar la “restitución voluntaria” del menor, para facilitar una “solución amigable”.

Todas las actuaciones de mediación quedan subordinadas a que no supongan “un retraso injustificado del proceso”. Deberán tenerse presentes las prescripciones de la Ley 5/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 947, 1047) de mediación en asuntos civiles y mercantiles y las previsiones de la Guía de Buenas Prácticas (Parte V Mediación), aprobada en 2012.

9. Procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional

El art. 15 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) prevé que la autoridad central requerida podrá exigir una decisión o certificación que acredite en el Estado solicitante que el traslado ha sido ilícito.

Con carácter novedoso, e implementando las previsiones del art. 15 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), el art. 778 sexies LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) incorpora un procedimiento para obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención han sido ilícitos. Esta previsión se refiere a supuestos en los que un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional.

Este precepto dispone que cuando un menor con residencia habitual en España sea objeto de un traslado o retención internacional, conforme a lo establecido en el correspondiente convenio o norma internacional aplicable, cualquier persona interesada, al margen del proceso que se inicie para pedir su restitución internacional, podrá dirigirse en España a la autoridad judicial competente para conocer del fondo del asunto con la finalidad de obtener una resolución que especifique que el traslado o la retención lo han sido ilícito (...).

Tal pretensión deberá articularse bien por los cauces procesales disponibles en el Título I del Libro IV para la adopción de medidas definitivas o provisionales en España, o a través de las medidas del art. 158. En todo caso, habrá de entenderse que el Ministerio Fiscal deberá intervenir, dictaminando sobre si el traslado o retención es o no lícito. El despacho de estos asuntos será competencia de los Fiscales encargados de los asuntos de familia, salvo que conforme a las potestades auto-organizativas de cada Fiscalía se acuerde otra regla de reparto.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, debe tenerse presente que la Jurisprudencia considera que la guardia y custodia es una parte de las facultades comprendidas en la patria potestad. Se integraría por las disposiciones necesarias para el cuidado diario y cotidiano del menor. Las decisiones trascendentes excederían de la guarda y custodia y requerirían el concurso de los titulares de la patria potestad. Por decisiones trascendentes que requieren el concurso de los titulares de la patria potestad pueden mencionarse la decisión sobre el tipo de enseñanza, sobre la variación del domicilio del hijo o hija menor de forma que lo aparte de su entorno habitual, sobre la disposición de su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias, la selección del centro educativo y la decisión sobre educación religiosa o laica.



No podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia del menor, y los posteriores traslados de domicilio de éste que lo aparten de su entorno habitual. En este sentido se pronuncia la STS (civil) 642/2012, de 26 de octubre (RJ 2012, 9730).

En el ámbito de los Derechos propios de las Comunidades Autónomas, el art. 236-11 de la Ley 25/2010, de 29 de julio (LCAT 2010, 534), del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia requiere el consentimiento de ambos progenitores para variar el domicilio de los hijos menores si el cambio los aparta de su entorno habitual, y en defecto de consentimiento exige que se solicite autorización judicial en la forma regulada en el art. 236-13 que atribuirá la facultad de decidir a uno de ellos. La facultad de decidir el lugar de residencia de los hijos menores forma parte del contenido de la

potestad parental (art. 236–17.2) cuyas responsabilidades no quedan alteradas por la nulidad, divorcio o separación de los padres (art. 233–8) que mantienen las mismas responsabilidades que en la medida de lo posible se han de ejercer conjuntamente.

Desde el punto de vista de nuestro Derecho si la sentencia de separación, nulidad o divorcio atribuye la guarda y custodia a un progenitor correspondiendo el ejercicio de la patria potestad a ambos, ambos tendrán que decidir sobre los asuntos de mayor trascendencia relativos a la vida y gobierno del menor. Por ello, en estos casos debe haber acuerdo de los dos progenitores ante cualquier modificación de la residencia del menor que suponga un cambio de su entorno físico y social.

Por tanto, cuando se dicta una resolución estándar en la que, atribuyéndose la patria potestad conjunta y la guarda y custodia a uno de los progenitores, no se hace ningún pronunciamiento en cuanto a la facultad de decidir la residencia, la misma ha de entenderse corresponde a ambos progenitores de común acuerdo y, en su defecto, a la decisión judicial.

Es especialmente esclarecedora en este punto la SAP Castellón, secc. 2ª nº 54/2010, de 10 de septiembre (JUR 2011, 25772), que dispone que “la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Nos parece evidente que el derecho fundamental...del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental (...) Este es también el planteamiento que se sigue en el auto del TC 127/86 (RTC 1986, 127 AUTO) (...) sobre la existencia de cargas, gravámenes o limitaciones que puedan afectar a la libertad de establecimiento y de fijación del lugar de residencia, en supuestos en los que la limitación viene impuesta por un interés protegido de manera privilegiada en el Ordenamiento jurídico, como es el de los hijos menores (...) En principio, por tanto, un cambio de domicilio relevante para la vida del menor es una cuestión que debería ser decidida conjuntamente por los dos cotitulares de la patria potestad, y, en defecto de acuerdo, por la autoridad judicial”. En el mismo sentido se pronuncian las SSAP Castellón, secc. 2ª nº 158/2012, de 28 de noviembre (JUR 2013, 86309) y Castellón, secc. 2ª nº 101/2013, de 6 de septiembre (JUR 2013, 349850).



Por ello, los Sres. Fiscales habrán de partir a la hora de dictaminar en estos expedientes del principio de que desde la perspectiva de nuestro Derecho, un traslado con cambio de residencia de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado.

10. Autorización judicial del cambio de residencia

Lógicamente, que no pueda decidirse el cambio de residencia del menor unilateralmente no significa que no pueda ser autorizado judicialmente en caso de discrepancias. Este escenario sería el anverso de las actuaciones de sustracción. Si un progenitor que comparte la patria potestad con el otro quiere modificar la residencia del menor y establecerla en un tercer país debe pedir al otro progenitor que preste su consen-

timiento. Si el otro progenitor no lo presta, deberá acudir al Juez para que en su caso autorice el cambio de residencia.

En estos supuestos de solicitud de autorización judicial para el cambio de residencia, a la hora de fijar posición, son de interés, como manifestación del denominado *soft law*, los Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a la responsabilidad parental, elaborados por la Comisión Europea de Derecho de familia en los que se sugiere que en estos casos se tenga en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) el derecho del niño a mantener relaciones personales con los otros titulares de la responsabilidad parental; (c) la capacidad y voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar; (d) la situación personal de los titulares de la responsabilidad parental; (e) la distancia geográfica y las facilidades de acceso; (f) la libre circulación de personas.

En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado tras la reunión de expertos celebrada en Washington en marzo de 2010 se alcanzaron unas conclusiones recogidas en la Declaración sobre la reubicación familiar internacional, estableciendo una lista de elementos que debían ser tenidos en cuenta por la autoridad competente en el ejercicio de la facultad discrecional de autorizar o no el traslado. Así se hace referencia al derecho del niño a mantener relaciones personales con ambos progenitores; la opinión del menor; las razones del traslado; la existencia de un clima familiar violento; las relaciones familiares previas; las decisiones familiares previas en materia de custodia y derechos de visita; el impacto de una negativa al traslado sobre el niño y los padres; la naturaleza de las relaciones paternofiliales y el compromiso del progenitor que quiere trasladarse respecto al mantenimiento de las relaciones personales con el otro progenitor; si las propuestas para el ejercicio del derecho de visita son realistas, entre otras.

La STS nº 536/2014, de 20 de octubre (RJ 2014, 5376) fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores bajo su custodia que se trasladen con el”.

11. Medidas frente a la sustracción internacional de menores

La finalidad de estas medidas preventivas entronca con la protección al menor frente a los daños que pueden derivarse de un traslado ilegal, con la salvaguarda de su derecho a relacionarse con ambos progenitores, y con la defensa también del derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos.

La LO 9/2002, de 10 de diciembre (RCL 2002, 2878) introdujo tres medidas tendentes a evitar la sustracción en caso de *periculum* en el art. 103 CC (LEG 1889, 27) relativo a las medidas provisionales que cabe adoptar en los procesos matrimoniales de nulidad, separación y divorcio: prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; prohibición de expedición del pasaporte al menor o la retirada en su caso y sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio en el domicilio del menor.



El art. 158 CC (LEG 1889, 27) reproduce los contenidos del art. 103, pero además deja la puerta abierta (*numerus apertus*) a la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas tendentes a neutralizar el *periculum* de sustracción.

Quien impetra estas medidas debe acreditar que concurre el *fumus boni iuris* (derecho a decidir en cuanto al domicilio del hijo) y el *periculum in mora* (indicios de que se puede producir una sustracción).

No obstante, a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad debe tenerse presente que algunas de las medidas previstas en el art 158 CC (LEG 1889, 27) para conjurar el riesgo de sustracción no suponen ningún sacrificio para el destinatario, y simplemente implican poner trabas a la eventual realización de un acto antijurídico.

Las medidas del art. 158 CC (LEG 1889, 27), a diferencia de las previstas en el art. 103 CC (LEG 1889, 27), pueden adoptarse al margen de los procesos matrimoniales. Conforme a lo dispuesto en el art. 158 CC (LEG 1889, 27) en su párrafo último podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Cabe la posibilidad cautelar de que –en caso de separación, nulidad o divorcio de matrimonios de distinta nacionalidad, para el supuesto de que se otorgue la guarda y custodia al progenitor español– se establezca un derecho de visitas a disfrutar obligatoriamente en España, sin posibilidad de trasladar al menor al extranjero. Esta medida debiera en todo caso entenderse subordinada a que se acredite indiciariamente un riesgo de sustracción, ponderando a tales efectos si el país del progenitor no custodio es parte o no del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231).

El dato de que el país al que puede ser trasladado el menor haya ratificado o no el CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) es tenido especialmente en cuenta a fin de descartar el *periculum* (ATSJ de Cataluña, secc. 1ª de 19 de junio de 2014 [RJ 2014, 3736] ; SAP Barcelona, secc. 12ª nº 308/2014, de 9 de mayo [JUR 2014, 178151] ; SAP Madrid, secc. 22ª, nº 185/2012, de 6 de marzo [JUR 2012, 117406] ; SAP Barcelona, secc. 12ª, nº 554/2013, de 18 de julio [AC 2013, 1750] ; SAP Asturias, secc. 6ª, nº 284/2013, de 28 de octubre [JUR 2013, 346856] ; SAP Baleares secc. 4ª nº 58/2011, de 2 de marzo [JUR 2011, 169596]). Con mayor fundamento habrá de ser tenido en cuenta el dato de que el país al que puede ser trasladado el menor sea de la Unión Europea y pueda aplicarse el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre (LCEur 2003, 4396) (SAP Madrid, secc. 22ª, nº 755/2014, de 19[sic] de septiembre [JUR 2014, 290500]).

No obstante, cuando el *periculum* sea de más intensidad, cabrá adoptar medidas preventivas aun cuando el país al que puede ser trasladado el menor sea firmante del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) (SAP Murcia, secc. 4ª, nº 109/2014, de 20 de febrero [JUR 2014, 90590]).

La resolución que acuerda la prohibición de salida del país por considerar que concurre riesgo de sustracción implica una serie de actividades de ejecución complementarias, tales como el libramiento de los correspondientes oficios a las autoridades de interior y de aduanas. Estas actividades de ejecución complementarias deben adoptarse de oficio y sin demora. En la STEDH de 22 de diciembre de 2009 (TEDH 2009, 145) caso Tapia Gasca y D. contra España en un supuesto de sustracción internacional se constata falta de diligencia al no haber sido ejecutada en su debido tiempo la orden de cierre de fronteras.

Entre tales actividades, además de la notificación de la prohibición de traslado al progenitor, puede incluirse la comunicación de tal circunstancia a las autoridades policiales para impedir que el progenitor expida pasaporte para la hija y para que provisionalmente se lo retiren en caso de tenerlo ya (SAP Cádiz secc. 5ª de 6 octubre de 2006 [JUR 2007, 123741]).

12. Cláusula de vigencia

Al no haberse dictado con anterioridad Circulares, Instrucciones o Consultas sobre sustracción internacional de menores, la presente no sustituye disposiciones de documentos anteriores. Se confirma el criterio de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio (JUR 2008, 281870), sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores en cuanto a la atribución de la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales.

13. Conclusiones

1ª En los supuestos de sustracción internacional de menores, debe partirse de la presunción legal de que el interés del menor consiste en ser restituido o retornado al país de su residencia habitual en el plazo más breve posible una vez comprobado que concurren todos los requisitos exigidos en el Convenio aplicable.

Esta regla general admite derogaciones a través del sistema de excepciones a la restitución que los propios Convenios suscritos por España contienen. La apreciación de excepciones debe hacerse siguiendo pautas interpretativas restrictivas.

2ª Corresponde a los Fiscales de las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales la función de intervenir en los procesos civiles de sustracción internacional de menores.

El despacho de los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional (art. 778 sexies LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]) será competencia de los Fiscales encargados de los asuntos de familia, salvo que conforme a las potestades auto-organizativas de cada Fiscalía se acuerde otra regla de reparto.

3ª El Ministerio Fiscal tiene legitimación para plantear per se las excepciones al retorno contenidas en los arts. 13 y 20 CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231), para proponer prueba en orden a acreditar o descartar la concurrencia de los presupuestos de las excepciones a la restitución y para promover la adopción de medidas cautelares.

4ª Los Sres. Fiscales orientarán su actuación procesal hacia la dinamización del procedimiento, opiniéndose a cuantas prácticas puedan generar una lesión injustificada a la necesaria celeridad del procedimiento.

5ª Los Sres. Fiscales deberán oponerse a la práctica de pruebas que se orienten a decidir cuál de los progenitores debe ostentar la custodia de los menores afectados y habrán de recurrir las resoluciones dictadas en el curso del procedimiento sobre retorno que supongan una decisión sobre el derecho de custodia.

6ª En el sistema del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) el derecho de custodia quebrantado por el traslado ilícito puede derivar de una resolución judicial o directamente de la aplicación del Derecho vigente en el Estado de residencia.

7ª Aunque el traslado de residencia se lleve a cabo por el progenitor al que se había atribuido la guarda y custodia, si conforme al Derecho del país de origen la facultad de decidir sobre la residencia del menor correspondía conjuntamente a ambos progenitores, a salvo la posible concurrencia de excepciones, procede acordar el retorno.

8ª Cuando España sea el país requerido, habrá de estarse al Derecho aplicable en el país de residencia para calibrar si el progenitor reclamante tenía el cuidado de la persona del menor o disponía de la facultad de decidir sobre su lugar de residencia.



9ª Entran dentro del radio protector del CH80 (RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231) todas las modalidades del ejercicio del derecho de custodia de menores, pudiendo ser sus titulares tanto personas físicas como jurídicas.

10ª Deberán los Sres. Fiscales partir de que si el menor afectado cumple los dieciséis años durante la tramitación del procedimiento no procederá adoptar resolución alguna sobre su retorno o restitución.

11ª Las excepciones al retorno del menor han de ser objeto de una interpretación restrictiva.

12ª A efectos de evaluar la concurrencia de la excepción de integración, deberán los Sres. Fiscales entender que la reclamación determinante para el cómputo del año es la que se realiza ante las autoridades españolas.

13ª En ningún caso podrá prosperar la alegación de que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio si aún no ha transcurrido ese plazo de un año.

14ª No puede a través de la excepción de concurrencia de grave riesgo, denegarse el retorno porque el menor se encuentre bien en España o porque sea dolorosa la separación del progenitor que ha trasladado ilícitamente al menor o porque el retorno sea incómodo para el menor. Debe evitarse a toda costa que a través de la articulación de la excepción de grave riesgo se decida quién tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

15ª Es frecuente la alegación de grave riesgo de peligro psicológico en relación con menores de corta edad que siempre han vivido con el custodio/sustractor. En este punto debe recordarse que el daño potencial no traerá causa en el retorno del menor, sino en una eventual negativa del custodio/sustractor a acompañarle. Ello debe llevar como regla general a oponerse a la aplicación de esta excepción ante estas alegaciones, pues de otro modo se permitiría que quien ha cometido un ilícito y quien tiene el dominio del hecho para evitar el daño se prevalega de tal situación.

16ª La opinión del menor como pauta para concretar su interés superior se torna absolutamente esencial, en función de dos criterios: su edad —a mayor edad más peso debe reconocerse a sus opiniones— y su grado de madurez, que modula la importancia de la edad. También es fundamental la argumentación con la que el menor justifica su elección. Debe en estas audiencias tenerse especial cuidado en plantearla de modo que no se haga recaer sobre el menor la carga de la decisión.

17ª El Fiscal no solo puede estar presente e interrogar al menor sino que debe, como regla general, asistir a la exploración del mismo.

18ª La audiencia al menor no debe tener lugar en la vista del juicio. Debe oírsele separadamente. Ha de llevarse a cabo a solas y sin posible contradicción por ninguno de los activa o pasivamente implicados en el expediente.

Los Sres. Fiscales promoverán la grabación del acto de la audiencia al menor, o en su defecto, su transcripción lo más extensa y exacta posible, a fin de que pueda en su caso ser debidamente valorada en segunda instancia sin necesidad de una nueva y siempre perturbadora comparecencia del menor en dependencias judiciales.

19ª El nuevo procedimiento regulado en la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) es aplicable cualquiera que sea el Convenio, de entre los suscritos por España, que se alegue como fundamento de la petición de restitución (Convenio de Luxemburgo [RCL 1984, 2167], Convenio de La Haya [RCL 1987, 1960; RCL 1989, 1442 y RCL 1996, 231], Convenio Bilateral con Marruecos [RCL 1997, 1591] y Reglamento Bruselas bis II [LCEur 2003, 4396]).

20ª No será aplicable el procedimiento de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuando el Estado requirente no sea parte en ninguno de los Convenios.

21ª La omisión en la solicitud de alguno de los documentos exigidos por el Convenio en el procedimiento de restitución no debe llevar a la inadmisión sino a la concesión de un plazo de subsanación, conforme al principio *pro actione* y teniendo en cuenta los delicados intereses subyacentes.

22ª El carácter preferente y urgente del procedimiento debe llevar a la improcedencia de la acumulación de este procedimiento a cualquier otro.

23ª Ante los cambios de domicilio de los demandados, los Sres. Fiscales promoverán la *perpetuatio iurisdictionis* del Juez inicialmente competente cuando de las circunstancias concurrentes pueda colegirse un comportamiento fraudulento tendente a frustrar la celeridad del procedimiento.

24ª A efectos de ponderar la pertinencia de promover la adopción de medidas cautelares deberá evaluarse si concurre riesgo de que tras la noticia de la incoación del procedimiento el demandado pueda decidir salir de España con el menor para marchar a un tercer país.

25ª El derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, reconocido en la CDN (RCL 1990, 2712), aconseja que como regla general los Sres. Fiscales apoyen las medidas cautelares que se promuevan a fin de activar el derecho de visitas provisional, salvo que concurran en el caso concreto circunstancias que, a la luz del superior interés del menor, justifiquen el mantenimiento de la situación inicial.

26ª No debe exigirse la comparecencia personal del requirente al acto de la vista.

27ª Deben los Sres. Fiscales tener presente que sólo son admisibles pruebas para decidir sobre la ilicitud o no del traslado o retención, sobre la concurrencia de presupuestos fácticos de las excepciones y sobre las medidas a adoptar. Habrán de ser rechazadas las pruebas que traten de articularse para decidir sobre quien tiene mejor derecho para ser custodio del menor.

28ª El Fiscal debe intervenir en el procedimiento para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional previsto en el art. 778 sexies LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892).

29ª A la hora de dictaminar en los procedimientos para la declaración de ilicitud de un traslado o retención internacional, los Sres. Fiscales habrán de partir del principio de que desde la perspectiva de nuestro Derecho, un traslado de un menor por uno de los progenitores a un tercer país sin consentimiento del otro, cuando ambos son cotitulares de la patria potestad, es un traslado ilícito, aún en el caso en que la guarda y custodia esté atribuida exclusivamente al progenitor que lleva a cabo el traslado.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en los procedimientos de sustracción internacional de menores, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

MINISTERIOS

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN



2015/12. Acuerdo Administrativo entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Reino de España y el Ministerio de Salud de la República Portuguesa en el ámbito del traslado internacional de cadáveres, hecho en Bayona el 22 de junio de 2015. BOE 4.7.2015.

El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Reino de España y el Ministerio de Salud de la República Portuguesa, en lo sucesivo, «los signatarios»;

Reconociendo la importancia de todos los documentos que precedieron a esta iniciativa, a saber, el Tratado de Amistad y Cooperación entre España y Portugal, firmado en Madrid el 22 de noviembre de 1977;

Teniendo en cuenta las conclusiones de la V y VI Comisión luso-española de Cooperación Transfronteriza, celebradas, respectivamente, en Salamanca, el 19 de noviembre de 2010, y Castelo-Branco, el 7 de mayo de 2012, así como la XXVII Cumbre luso-española, que tuvo lugar el 4 de junio 2014 en Vidago;

Teniendo presente el art. 2.2 del «Acuerdo sobre el traslado de cadáveres, hecho en Estrasburgo el 26 de octubre de 1973» y ratificado por ambos países, así como las normas de ambos países que permiten otorgar mayores facilidades para la repatriación entre las regiones fronterizas, mediante el establecimiento de acuerdos de reciprocidad, y siendo además necesario que el traslado de cadáveres por vía terrestre entre los dos países se adapte de manera eficiente a la realidad de los flujos, sin la exigencia de determinados requisitos;

Considerando que el Acuerdo Administrativo trata también de abordar la necesidad de reducir los costes económicos de la repatriación de cadáveres entre los dos países, evitando los elevados gastos que supone el embalsamamiento o la conservación transitoria de los cadáveres;

Finalmente, considerando que el presente Acuerdo Administrativo está destinado a salvaguardar la salud pública,

Los signatarios se comprometen por las disposiciones siguientes:

Primera. El objetivo de este Acuerdo Administrativo es establecer un marco de reciprocidad en la repatriación de cadáveres por vía terrestre entre España y Portugal para la inhumación o la cremación.

Segunda. El marco de la reciprocidad se basa en el establecimiento de una fórmula que facilite la repatriación de cadáveres por vía terrestre entre España y Portugal.

Tercera. Para el cumplimiento de este acuerdo administrativo, y para la repatriación de cadáveres por vía terrestre para su inhumación o cremación, los signatarios acuerdan específicamente lo siguiente:

1. El único documento requerido para la repatriación de los cuerpos entre España y Portugal es el «Salvoconducto Mortuario» establecido en el Convenio de Estrasburgo.

2. Ambos países mantienen todos los documentos requeridos por la autoridad competente para la expedición del «Salvoconducto Mortuario».

3. Para la repatriación de cadáveres entre los dos países no es necesario que el cuerpo haya sido previamente embalsamado o conservado transitoriamente.

4. En caso de que se prevea que no se podrá dar destino final en el plazo de 72 horas, el cadáver deberá ser colocado en un féretro de traslado que cumpla con los requisitos del párrafo 1 del art. 6 del Convenio de Estrasburgo.

5. En el resto de los casos no se requiere un féretro de traslado, sino únicamente un féretro de madera de un espesor no inferior a 20 mm y que contenga un material en el interior que asegure la estanqueidad.

6. Si se requiere autopsia en un cadáver que vaya a ser trasladado para ser incinerado, será necesaria la autorización de las autoridades competentes en la materia.

Cuarta. Las autoridades competentes para autorizar el traslado de cadáveres entre los dos países evaluarán el desarrollo de planes anuales de trabajo e informarán a las autoridades de ambos organismos de sus resultados.

Quinta. La aplicación del presente Acuerdo Administrativo no será obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones de los signatarios que, en esta materia, hayan sido contraídas por Convenio o Tratado Internacional por los Estados a los que pertenecen.

Sexta.

Este acuerdo administrativo salvaguarda la salud pública, no siendo de aplicación en los siguientes supuestos:

1. El presente Acuerdo Administrativo, no se aplicará en situaciones de epidemia, calamidad u otros, que se definan por acuerdo de los Directores Generales de Salud Pública de los dos Estados.

2. El presente Acuerdo Administrativo no se aplicará en las situaciones que se especifican en el Anexo I, el cual se podrá actualizar en función de la evidencia científica.

Séptima. Se constituirá una «Comisión de Seguimiento» para garantizar el desarrollo y aplicación del presente Acuerdo Administrativo, integrada por tres miembros designados por cada organismo y con actividad limitada a la aplicación del mismo.

Octava. Las dudas surgidas de la interpretación y aplicación del presente Acuerdo Administrativo se decidirán en la Comisión de Seguimiento a que se hace referencia en el apartado anterior.

Novena. El presente Acuerdo Administrativo producirá efectos una vez transcurridos 30 días desde su firma, y tendrá una duración de cinco años, renovable por períodos iguales, salvo denuncia expresa por cualquiera de los signatarios, en cuyo caso, éste deberá notificarlo al otro con al menos dos meses de antelación.

Hecho en Bayona el 22 de junio de 2015, en dos ejemplares, en español y en portugués, con igual validez.—El Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Reino de España, José Manuel García-Margallo.—El Ministro de Estado y de Negocios Extranjeros de la República Portuguesa, Rui Chancerelle de Machete.

2015/13. Acuerdo Internacional Administrativo entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Consell Superior de Justícia del Principado de Andorra, hecho en Madrid el 21 de julio de 2015. BOE 25.7.2015.

En Madrid, a 21 de julio de 2015.

REUNIDOS

De una parte, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. Don Carlos Lesmes Serrano, según Acuerdo (n.º 2) del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de diciembre de 2013, Real Decreto 979/2013, de 10 de diciembre (BOE de 11 de diciembre de 2013), en ejercicio de las facultades que le atribuye el art. 585 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial.

De otra parte, el Presidente del Consell Superior de la Justícia, Excmo. Sr. Don Enric Casadevall Merdrano, según acuerdo del Síndic General, de 11 de octubre del 2011, en ejercicio de las facultades que le atribuye el art. 89 de la Constitución del Principado de Andorra, de 14 de marzo del 1993.

Ambas partes comparecen en nombre de las Instituciones a las que, respectivamente representan y de modo recíproco se reconocen capacidad para formalizar el presente Acuerdo, y por ello



EXPONEN

Primero. Que el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, es el órgano de gobierno del Poder Judicial, a tenor del art. 122 CE, correspondiéndole, entre otras competencias atribuidas por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, resolver lo que proceda en materia de formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados (art. 560.1.7.º), así como ejercer la alta inspección de Tribunales y supervisión y coordinación de la actividad inspectora ordinaria de los Presidentes y Salas de Gobierno de

los Tribunales (art. 560.1.8.º) y cuidar de la publicación oficial de sentencias y demás resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales (art 560.1.10.º).

El Consejo General del Poder Judicial del Reino de España, entre sus objetivos de cooperación internacional, considera necesario favorecer los intercambios de experiencias con los responsables de instituciones análogas de terceros países con los que España mantiene vinculaciones por razones históricas, culturales, jurídicas y lingüísticas, como es el Principado de Andorra.

Segundo. Que conforme a lo previsto en el art. 89 de la Constitución del Principado de Andorra, en la ley Calificada de la Justicia y en la Ley de la Función pública de la Administración de Justicia, el Consell Superior de la Justícia es el órgano de representación, gobierno y administración de la organización judicial, encargado del nombramiento de jueces y magistrados y garante de la independencia y de la calidad en la Administración de la Justicia. Es también, por tanto, el órgano responsable de la formación de jueces, magistrados y de la totalidad del funcionariado adscrito a la administración judicial. Por todo ello cree conveniente facilitar el acceso a programas específicos de formación, intercambios de información y experiencias con juristas de otros países especialmente con aquellos en que Andorra mantiene vínculos especiales de amistad.



Tercero. Que el 1 de diciembre de 1994 entró en vigor el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra (en adelante, el Tratado) que en su preámbulo alude al deseo de las Partes de continuar las relaciones de buena vecindad y amistad que siempre han existido entre ellas y a su compromiso con los valores de la paz, libertad, democracia y justicia que le son comunes.

Que el Tratado compromete a las partes a velar por el respeto mutuo de sus intereses fundamentales respectivos y a cooperar por la resolución de las dificultades que pudieran surgir en dichas materias (art. 4).

Cuarto. Por otro lado, en fecha 30 de noviembre de 2006, se suscribió un Convenio de cooperación entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Consell Superior de la Justícia del Principado de Andorra con el objeto de establecer y definir un marco general en el que ambas partes puedan cooperar recíprocamente, en particular en los asuntos que sean de interés común dentro de sus esferas de competencia y sus respectivos programas de actividades.

En base a todo ello, ambas partes, en ejercicio de sus respectivas facultades y entendiendo beneficiosa la colaboración en las materias de su competencia, han acordado suscribir el presente Acuerdo Internacional Administrativo que llevan a efecto con sujeción a las siguientes

CLÁUSULAS

Primera. Objeto. El presente Acuerdo tiene por objeto establecer y definir un marco general para regular el nombramiento y ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los jueces y magistrados españoles que también ejerzan en el Principado de Andorra.

Constituye también el objeto de este Acuerdo establecer un marco de colaboración en materia de formación, inspección y estadística, así como el intercambio de publicaciones entre ambas instituciones, en aquellos ámbitos en los que sea posible teniendo en cuenta la regulación y normativa aplicable en cada una de las instituciones.

Asimismo, es objeto del presente Acuerdo dejar constancia del interés de las partes en mantener una colaboración de mutuo aprovechamiento con arreglo a sus normas orgánicas y competencias, realizando actividades conjuntas en diversas áreas tales como publicaciones, divulgaciones e investigación en materia jurídica.

La materialización de la colaboración estará condicionada, en todo caso, a la disponibilidad de los medios de cada organismo, así como a la prioridad que requieran sus propios objetivos.



Segunda. Nombramiento y ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de los jueces y magistrados españoles que también ejerzan en

el Principado de Andorra. El Consell Superior de la Justícia del Principado de Andorra informará al Consejo General del Poder Judicial del Reino de España de su decisión de nombrar un juez o magistrado español para ejercer funciones jurisdiccionales en el Principado de Andorra, indicando la plaza que habría de ocupar y pudiendo proponer a una persona concreta para esta plaza.

El Consejo General del Poder Judicial adoptará todas las medidas necesarias que permitan al juez o magistrado español propuesto el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le sean confiadas en el Principado de Andorra, siempre que no comprometan el cumplimiento de sus funciones judiciales en el Reino de España. Tras ello, el Consell Superior de la Justícia del Principado de Andorra procederá al nombramiento del juez propuesto.

Estos jueces y magistrados ejercerán sus funciones jurisdiccionales en el Principado de Andorra con respeto a la Constitución y a las leyes andorranas.

Tercera. Colaboración en materia de formación. Las partes del Acuerdo se comprometen a establecer planes de actuación específicos con los programas, proyectos y actividades que estimen convenientes, los cuales podrán consistir, entre otras, en la realización de estancias de estudios de jueces y magistrados de un país en el otro, la celebración de seminarios sobre temas concretos de interés para ambas partes, participación en actividades de capacitación inicial o continuada, ya sean presenciales o a distancia, reuniones entre responsables de la formación judicial de ambos países, así como aquellas actividades que impliquen la realización conjunta de investigaciones, publicaciones y estudios que puedan contribuir a la mejora de los conocimientos de los Jueces de España y del Principado de Andorra.

En esta línea de actuación, se destaca el buen desarrollo de las actividades de formación continua derivadas del Convenio suscrito el 30 de noviembre de 2006, comprometiéndose las partes a mantener esta colaboración y a ampliarla en materia de formación inicial, pudiéndose incorporar los jueces del Principado de Andorra al curso de formación inicial que imparte el Consejo General del Poder Judicial, a través de su Escuela Judicial, siempre que sea posible dentro de la organización anual de los cursos de forma-

ción inicial de la Escuela Judicial y asumiendo los gastos de esta actividad el Consell Superior de la Justícia del Principado de Andorra.

Cuarta. Colaboración en materia de inspección y estadística. Ambas partes se comprometen a colaborar en materia de inspección y estadística, poniendo en común sus conocimientos y experiencias, que se desarrollarán en planes de actuación específicos que pueden consistir tanto en un asesoramiento puntual a la implantación de un futuro Servicio de Inspección en el Principado de Andorra, como en el estudio de tareas y medios para el funcionamiento del mismo, así como la colaboración puntual en la realización de tareas inspectoras concretas, incluso en materia de formación de sus futuros inspectores.

Esta colaboración estará sujeta a las necesidades y recursos materiales y humanos disponibles en cada una de las instituciones.

Quinta. Intercambio de publicaciones. En el marco de colaboración que preside la celebración del presente Acuerdo, ambas instituciones propiciarán el intercambio de las publicaciones que dimanen de sus actividades respectivas y que interesen a las mismas. Si dicho intercambio supusiera un coste económico requerirá la firma de Acuerdos específicos.

Sexta. Inexistencia de obligaciones financieras. Este Acuerdo no dará lugar a contraprestación económica de ningún tipo entre las partes, las cuales asumirán los costes de las actuaciones que, en su caso, deban realizar con cargo a sus dotaciones presupuestarias ordinarias.



Séptima. Comisión mixta. Para el seguimiento de la ejecución del presente Acuerdo se establece una Comisión que estará integrada por dos representantes del Consejo General del Poder Judicial y dos representantes del Consell Superior de la Justícia de Principado de Andorra.

Corresponderá a la Comisión de seguimiento velar por el cumplimiento del Acuerdo, impulsando la realización de las actuaciones necesarias para su desarrollo y ejecución.

A propuesta de cualquiera de los miembros de la Comisión y cuando las circunstancias lo aconsejen, se podrá acordar la incorporación de aquellos especialistas que se estimen necesarios.

Esta Comisión podrá ser convocada por cualquiera de sus miembros, a efectos del oportuno seguimiento del Acuerdo, previa indicación de los asuntos a tratar.

Octava. Vigencia y extinción. El presente Acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE y tendrá una vigencia de tres años, prorrogándose por el mismo periodo mediante acuerdo expreso de las partes.

Será causa de resolución del presente Acuerdo, el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de las obligaciones contraídas y/o cláusulas establecidas en él, así como el incumplimiento de la normativa vigente en la materia, lo que facultará a la otra parte para la resolución del mismo, quedando automáticamente anulados todos los derechos derivados, pero no así las obligaciones inherentes. También serán causas de extinción el mutuo acuerdo de las partes, o la concurrencia de causa de fuerza mayor que imposibilite el objeto de dicho Acuerdo.

En todo caso, se tendrán que comunicar estas circunstancias por escrito a la otra parte con un plazo mínimo de preaviso de un mes.

Novena. Naturaleza del Acuerdo y cuestiones litigiosas. El presente Acuerdo está sujeto a Derecho Internacional, según lo establecido en el art. 2.b) de la Ley 25/2014 española de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Las cuestiones litigiosas se someterán a los medios de resolución habituales en Derecho Internacional.

Décima. Protección de datos. En la aplicación de este Acuerdo se respetarán cuantas exigencias establezca la normativa vigente en cada uno de los Estados, para garantizar la seguridad e integridad de los datos y su protección frente a alteraciones, pérdidas, tratamientos o accesos no autorizados.

Undécima. Derogación. Con la entrada en vigor del presente Acuerdo, se deja sin efectos el Convenio suscrito el 30 de noviembre de 2006 entre el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España y el Consell Superior de la Justícia del Principado de Andorra.

De conformidad con todo lo expuesto y convenido, en el ejercicio de las atribuciones de que son titulares los firmantes, suscriben dos ejemplares del presente Acuerdo en el lugar y fecha indicados en el encabezamiento.—Por el Tribunal Supremo y Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes Serrano.—Por el Consejo Superior de la Justicia del Principado de Andorra, Enric Casadevall Medrano.

El presente Acuerdo administrativo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», según se establece en su cláusula octava.

MINISTERIO DE DEFENSA



2015/14. Orden DEF/503/2015, de 16 de marzo, por la que se dictan normas para la aplicación del RD 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el Título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.
BOE 25.3.2015.

El título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, relativo al apoyo a la exportación de material de defensa por el Ministerio de Defensa, añade un nuevo mecanismo de apoyo a la exportación a los ya existentes en el ordenamiento jurídico español, desarrollando las capacidades del Ministerio de Defensa en materia de gestión de programas de material de defensa con destino a la exportación.

Esta ley habilita al Ministerio de Defensa, en cumplimiento de los términos establecidos en un contrato celebrado entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, para llevar a cabo las actuaciones de contratación en nombre y representación de dicho Gobierno extranjero, supervisión, apoyo logístico y transferencia de tecnología necesarias para la entrega al mismo de un determinado material de defensa, en los términos que se contienen en el art. 8 de la citada Ley.

El título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, ha sido desarrollado por Real Decreto 33/2014, de 24 de enero.

Por su parte, el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, asigna a la Subdirección General de Relaciones Internacionales de la Dirección General de Armamento y Material, entre otras, la función de «Impulsar el apoyo institucional a la internacionalización de la industria española de defensa, coordinar la promoción internacional de la enajenación de bienes muebles y productos de defensa y, en coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigir las actuaciones de los agregados y consejeros de defensa».

El proceso de suministro de material de defensa mediante un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero es complejo y dilatado en el tiempo, por lo que es necesario abordar los mecanismos de dirección, seguimiento, ejecución y control de los programas que, en su caso, se deben establecer para estas actividades.

La contratación con las empresas españolas del sector de la defensa consecuencia del contrato entre gobiernos queda excluida tanto de la Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios, por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, como de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, por lo que, sin perjuicio de lo que se establezca en el contrato suscrito entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero y en todo lo no previsto en el título II de la Ley

12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, la celebración de contratos con dichas empresas se regirá por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.



Durante su tramitación el proyecto ha sido informado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Finalmente, la disposición final tercera del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, faculta al Ministro de Defensa, en el ámbito de su competencia, para dictar normas de desarrollo y aplicación de dicho real decreto.

En su virtud, dispongo:

Art. 1. Objeto. Esta orden ministerial tiene por objeto desarrollar el Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, por el que se desarrolla el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios, estableciendo las normas para la celebración de un contrato entre el Gobierno de España y otro Gobierno extranjero, en adelante contrato entre Gobiernos.

Art. 2. Actuaciones conducentes a celebrar un contrato entre Gobiernos. 1. Con arreglo a lo establecido en el art. 2 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, las actuaciones conducentes a celebrar los contratos entre Gobiernos, previstos en el art. 6 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, serán responsabilidad de la Secretaría de Estado de Defensa.

2. En el ejercicio de esta competencia, la Secretaría de Estado de Defensa podrá llevar a cabo las siguientes acciones:

a) Contactos preliminares necesarios con el Gobierno extranjero, a los niveles de interlocución adecuados en cada momento, en aplicación de las atribuciones conferidas a la Dirección General de Armamento y Material en el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, modificado por el Real Decreto 524/2014, de 20 de junio. En coordinación con la Dirección General de Política de Defensa, dirigirá la actuación de los agregados y consejeros de defensa conducentes a asegurar el éxito de las negociaciones para la firma de un contrato gobierno a gobierno.

b) Análisis de la solicitud inicial que haga el Gobierno extranjero, desde el punto de vista técnico, financiero y de gestión de riesgos. Se evaluará especialmente la capacidad de la administración pública española para hacer frente a los compromisos que puedan derivarse del contrato, así como la solvencia de las posibles empresas implicadas.

Se valorará la existencia de acuerdos internacionales vigentes con dicho Gobierno extranjero y las relaciones de ambos países en los ámbitos de armamento y material.

c) Ordenar el inicio de un expediente de contrato con el Gobierno extranjero. Dicho expediente contará con los informes preceptivos de la Asesoría Jurídica general de la Defensa y de la Intervención General de la Defensa.

d) Establecer las bases para la firma de un contrato que propondrá a dicho gobierno.

e) Definir los requisitos del suministro y el servicio a ofrecer, proponiendo la solución operativa o funcional más adecuada a la necesidad planteada.

f) Estimar los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa que, en su caso, serán revisados para evitar que supongan coste o beneficio económico para el Departamento.

g) En su caso, solicitar y evaluar las ofertas vinculantes a las empresas interesadas.

h) Elaborar un calendario de pagos del futuro contrato entre Gobiernos que deberá asegurar que, en todo momento, el saldo disponible en la cuenta de situación de fondos permitirá hacer frente a:

1.º Las indemnizaciones de todo tipo a asumir, incluidos los costes asociados a una posible resolución del contrato por causas no imputables a las empresas y demás riesgos identificados.

2.º Los pagos a realizar a las empresas en los seis meses siguientes.

3.º El pago anticipado de los costes a incurrir por el Ministerio de Defensa, en los tres meses siguientes.

i) Preparar el borrador del contrato entre Gobiernos, asegurando, en su caso, la conformidad de la empresa y de todos los organismos del Ministerio de Defensa implicados en su posterior ejecución.



Art. 3. Contenido del contrato con el Gobierno extranjero. 1. Los contratos entre Gobiernos, además de los extremos que puedan recoger con arreglo al art. 3 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, podrán incluir los siguientes apartados:

a) Estatuto del personal intercambiado entre ambos gobiernos.

b) Régimen de responsabilidades de ambos gobiernos.

2. En todo caso el clausulado del contrato deberá recoger, además de los extremos establecidos en el art. 3.2 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, los siguientes:

a) Reembolso de gastos ocasionados al Ministerio de Defensa.

b) Causas de resolución del contrato.

3. Con arreglo a lo establecido en el art. 3.3 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, en los contratos entre gobiernos se podrá hacer constar que el Gobierno de España se reserva la facultad de resolución total o parcial del contrato entre gobiernos por razones de interés público. En el documento contractual se definirán las causas de interés público y los efectos de la resolución del contrato.

Art. 4. Garantías a prestar por el Gobierno extranjero.

Con arreglo a lo establecido en el art. 11.3 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, las garantías a prestar por el Gobierno extranjero se realizarán por cualquiera de los siguientes medios:

- a) Depósito inicial.
- b) Aval bancario.
- c) Seguro de caución.

Se utilizará preferentemente el pago de un depósito inicial que cubra los riesgos potenciales de incumplimiento total o parcial del contrato y todas las obligaciones que se deriven del mismo. Este depósito inicial podrá reducirse a lo largo de la vida del contrato en función de cómo disminuyan las obligaciones asumidas por el Gobierno extranjero en el mismo.

Art. 5. Medidas de control y seguimiento del contrato entre Gobiernos.

1. Con arreglo a lo establecido en el art. 4 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, si en el contrato entre Gobiernos se establece la creación de un órgano colegiado de control y seguimiento, los miembros correspondientes a la parte española se nombrarán por el Secretario de Estado de Defensa.

2. La composición, funciones, régimen de funcionamiento y de toma de decisiones será la que se establezca en el contrato entre Gobiernos.

3. En todo caso, por parte del Ministerio de Defensa, se constituirá una Comisión de seguimiento del contrato de la que formarán parte:

- a) El Director General de Armamento y Material.
- b) El Director General de Asuntos Económicos.
- c) El Jefe del Estado Mayor Conjunto y el Jefe de Programas del Estado Mayor de la Defensa, cuando el contrato prevea la creación de un Programa que afecte al Estado Mayor de la Defensa.
- d) El Segundo Jefe del Estado Mayor y el Jefe del Mando o Jefatura de Apoyo Logístico respectivo cuando el contrato prevea la creación de un Programa que afecte a los Ejércitos.
- e) En su caso, el jefe de la Oficina de Programa.

4. Atendiendo a las circunstancias concurrentes, el Secretario de Estado de Defensa podrá decidir formar parte tanto de la representación española como de la comisión del Departamento.

Art. 6. Cuentas de situación de fondos.

1. La contratación y apertura de las cuentas de situación de fondos, contempladas en el art. 12 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, y en el art. 5 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, se realizará por la Subdirección General de Gestión Económica, correspondiendo al Centro de Gestión de Pagos en el Extranjero (CEGEPEX) la administración de las mismas.

2. Cada contrato entre Gobiernos establecerá su propio calendario de situación de fondos, así como el depósito inicial exigible al Gobierno extranjero. El documento para solicitar a éste los abonos correspondientes será la llamada de fondos efectuada por el CEGEPEX, una vez recibida la documentación que acredite el motivo y el importe de la misma desde la Subdirección General de Adquisiciones de Armamento y Material.

3. El ingreso del depósito inicial será requisito necesario para el inicio de las actuaciones preparatorias de la contratación con las empresas domiciliadas en territorio nacional.

Art. 7. Contratación con empresas españolas del sector de la defensa.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 8 del Real Decreto 33/2014, de 24 de enero, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.3.c) de la Orden DEF/244/2014, de 10 de febrero, por la que se delegan facultades en materia de contratos, acuerdos técnicos y otros negocios jurídicos onerosos en el ámbito del Ministerio de Defensa, los contratos que celebre el Ministerio de Defensa con empresas españolas del sector de la defensa en aplicación de lo dispuesto en el título II de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, serán suscritos por el Subdirector General de Adquisiciones de Armamento y Material.

2. Dichos contratos serán celebrados en nombre y representación, y por cuenta y riesgo del Gobierno extranjero.

3. El Ministerio de Defensa, en los términos pactados en el contrato entre Gobiernos, se reservará la facultad de resolver los contratos con las empresas por razones de interés público, con la indemnización

que en su caso pudiera corresponder de acuerdo con lo estipulado en los mismos. Dicha indemnización correrá a cargo del Gobierno extranjero.

4. Si el objeto del contrato implica un suministro, la transferencia de la propiedad se realizará directamente desde el contratista al Gobierno extranjero.



Art. 8. Extinción del contrato entre Gobiernos. Además de la causa prevista en el art. 3.3, los contratos entre Gobiernos finalizarán por alguna de las siguientes causas:

a) Por su cumplimiento, que dará lugar a la liquidación final del contrato y al cierre de las cuentas abiertas.

La Subdirección General de Contabilidad determinará el importe de los costes incurridos por el Ministerio de Defensa que junto con el precio del contrato con las empresas constituirá el precio final.

Una vez resarcido el Gobierno de España y las empresas de los gastos y costes incurridos, el CE-GEPEX realizará el cierre definitivo de las cuentas de situación de fondos que haya abierto el Ministerio de Defensa o dará su conformidad al cierre de aquéllas abiertas por el Gobierno extranjero.

b) Por acuerdo entre las partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

c) Por incumplimiento de alguna de las dos partes, en cuyo caso se estará a lo establecido en el contrato entre Gobiernos.

d) Por resolución del contrato con las empresas españolas, cuyos efectos serán los establecidos en el contrato entre Gobiernos.

Disposición final primera. Habilitación dispositiva.

Se faculta al Secretario de Estado de Defensa a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación de esta orden ministerial.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.

La presente orden ministerial entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD



2015/15. Orden ECC/953/2015, de 14 de mayo, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. BOE 15.5.2015.

La Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, en adelante Cámara de Comercio de España, se constituyó en la sesión que tuvo lugar el día 19 de noviembre en el Ministerio de Economía y Competitividad, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Orden de 29 de agosto de 2014, del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se dictan las disposiciones necesarias para la constitución de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España y para la extinción del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

De conformidad con la disposición transitoria primera 3 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación «La Cámara de España elaborará su Reglamento de Régimen Interior de acuerdo con la nueva regulación, en el plazo de tres meses desde su constitución. Este Reglamento será aprobado por el Ministerio de Economía y Competitividad, como administración tutelante.»

La Cámara de Comercio de España elaboró un proyecto de Reglamento de Régimen Interior que se presentó en el Comité ejecutivo de dicha corporación el 27 de enero de 2015. El proyecto de Reglamento fue remitido, según lo acordado en dicho Comité, a los miembros del Comité ejecutivo y del Pleno, abriéndose un plazo hasta el 11 de febrero de 2015 para que realizaran observaciones al texto. Se recibieron un total de 78 alegaciones, de 11 miembros, de las cuales 46 fueron incorporadas al proyecto de Reglamento de Régimen Interior por constituir mejoras técnicas a la redacción inicial y enmarcarse en lo dispuesto por la Ley 4/2014, de 1 de abril.

El proyecto de Reglamento de Régimen Interior se aprobó, por mayoría absoluta, por el Pleno de la Cámara en la sesión de 28 de abril de 2015 a propuesta del Comité Ejecutivo. En dicho Pleno se acordó solicitar la preceptiva aprobación del citado Reglamento por el Ministro de Economía y Competitividad, al exigirlo así el art. 32.3 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

El Reglamento de Régimen Interior ha sido remitido por la Secretaría General a los efectos de solicitar esta aprobación el día 29 de abril de 2015.

Con fecha 11 de mayo de 2015, la Secretaría General en funciones de la Cámara de Comercio de España expide certificado en el que se recogen los extremos anteriormente señalados.

Visto el Reglamento de Régimen Interior elaborado por la Cámara de Comercio de España;

Vista la certificación de la Secretaría General en funciones de la Cámara de Comercio de España de 11 de mayo, en la que se acredita la aprobación de la propuesta de Reglamento por el Pleno y se solicita la aprobación del Ministro de Economía y Competitividad del proyecto de Reglamento;

Vistas las alegaciones al proyecto de Reglamento de Régimen Interior realizadas por los miembros del Pleno, dispongo:

Aprobar y ordenar la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del Reglamento de Régimen Interior de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, que se inserta a continuación. Dicho Reglamento ha sido propuesto por el Pleno de dicha Corporación en su sesión de 28 de abril por mayoría absoluta, a propuesta del Comité ejecutivo de la misma fecha, todo ello de conformidad con el art. 32.3 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

Madrid, 14 de mayo de 2015.–El Ministro de Economía y Competitividad, Luis de Guindos Jurado.



CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA, SERVICIOS Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA

Reglamento de Régimen Interior

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Art. 1. La Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España –que será denominada en adelante «Cámara de Comercio de España» a los efectos de este reglamento de régimen interior–, con domicilio en Madrid, es una Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos.

Está integrada por las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, las grandes empresas de mayor contribución a la Cámara de Comercio de España, las organizaciones empresariales y de autónomos, los Ministerios por razón de la competencia previstos en el art. 25.2.d) de la Ley 4/2014, de 1 de abril, y las Federaciones de las Cámaras Oficiales españolas en el extranjero, y es el organismo de representación, relación y coordinación de las mismas.

Art. 2. 1. Corresponde a la Cámara de Comercio de España el ejercicio de las funciones públicas encomendadas por la Ley 4/2014, de 1 de abril, y las que le puedan ser asignadas por las Administraciones Públicas con arreglo a los instrumentos que establece el ordenamiento jurídico, el desarrollo de aquellas actividades que, en el ámbito estatal o internacional, contribuyan a la defensa, promoción, representación y fomento de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades.

2. Para el adecuado desarrollo de sus funciones, y previa autorización de la administración tutelante, la Cámara de Comercio de España podrá promover o participar en toda clase de asociaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, así como celebrar los oportunos convenios de colaboración.

3. La Cámara de Comercio de España tendrá capacidad para contratar con las Administraciones Públicas o con cualquier entidad pública o privada la realización de aquellos trabajos o servicios que se consideren oportunos. Para el adecuado desarrollo de sus funciones, la Cámara podrá celebrar convenios en los términos previstos en el art. 5 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, y celebrar contratos en los que las Administraciones Públicas y demás entidades integrantes del sector público se acomodarán a las prescripciones de su régimen jurídico y servirse de los restantes instrumentos permitidos por el ordenamiento jurídico vigente en los términos del art. 2 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

En el desarrollo de las funciones público-administrativas se garantizará una adecuada coordinación con las Administraciones Públicas mediante la firma de los oportunos instrumentos de colaboración, así como a través de los Planes de actuaciones que, en su caso, dicten las administraciones competentes por razón de la materia. Asimismo, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y la Cámara de Comercio de

España podrán suscribir convenios u otros instrumentos de colaboración para garantizar una adecuada coordinación de sus actuaciones con las llevadas a cabo por las organizaciones empresariales.

CAPÍTULO II

Del Pleno

Art. 3. El Pleno de la Cámara de Comercio de España es el órgano supremo de gobierno y representación general de la misma, cuyo mandato durará cuatro años.

El Pleno será presidido por un Presidente, y tendrá tres vicepresidentes y un tesorero, elegidos conforme a lo dispuesto en el art. 24 del presente reglamento.

El Pleno estará compuesto por:

a) Un Presidente de las Cámaras de Comercio por cada una de las Comunidades Autónomas y ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, designados por las administraciones tutelantes que lo sean de acuerdo con lo dispuesto en la legislación vigente, y hasta ocho representantes más de las Cámaras pertenecientes a las Comunidades Autónomas con mayor número de empresas designados por las Administraciones tutelantes conforme a los criterios establecidos por el Ministerio de Economía y Competitividad.

b) Veintiocho vocales a propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad entre las grandes empresas de mayor contribución a la Cámara de Comercio, de España en el territorio nacional. La propuesta del Ministerio de Economía y Competitividad se realizará de forma que se asegure el adecuado reflejo de la representación económica española teniendo en cuenta la contribución de las grandes empresas ponderada por la participación de los distintos sectores y subsectores económicos en el Valor Añadido Bruto. Acreditadas estas circunstancias la propuesta implicará su designación.



c) Nueve vocales elegidos a propuesta de las organizaciones empresariales intersectoriales y territoriales más representativas en el ámbito nacional, entre representantes de empresas, y personas de reconocido prestigio en la vida económica. A este fin, las citadas organizaciones empresariales deberán presentar una lista de candidatos en número que corresponda a las vocalías a cubrir. Acreditadas estas circunstancias, la propuesta implicará su designación.

d) Diez vocales en representación de los Ministerios de Economía y Competitividad, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Fomento, y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a propuesta de los mismos lo que implicará su designación.

e) Dos vocales en representación de las Federaciones de las Cámaras Españolas Oficiales de Comercio en el extranjero designados por el Ministerio de Economía y Competitividad.

f) Dos vocales en representación de las organizaciones de autónomos representativas en el ámbito nacional a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La acreditación del carácter representativo implicará que la propuesta lleve aparejada su designación.

g) El Secretario General y el Director Gerente, si lo hubiera, asistirán, con voz pero sin voto, a las reuniones del Pleno. Asimismo, además del representante del Ministerio de Economía y Competitividad que forma parte del Pleno, será convocado al mismo un segundo representante de dicho Ministerio que asistirá con voz pero sin voto.

Podrán participar en la Cámara de Comercio de España, en calidad de vocales colaboradores o asociados, a propuesta del Comité Ejecutivo y previo acuerdo del Pleno, otras empresas o entidades que hayan realizado aportaciones voluntarias y que no estén incluidas entre las veintiocho previstas en el apartado b), que son miembros del Pleno. Los Vocales Colaboradores podrán participar en el Pleno, con voz pero sin voto.

Asimismo, el Presidente podrá invitar al Pleno a personas o representantes de entidades que por razón de la materia puedan contribuir al desarrollo de los asuntos a tratar en la sesión, que participarán con voz pero sin voto.

Art. 4. Para cada una de las vocalías previstas en el art. 3, se podrá designar por el proponente un vocal titular y otro suplente. La designación de los vocales suplentes se realizará por quienes hayan designado a los titulares.

En caso de vacante, ausencia o enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los vocales titulares serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiera. Asimismo, los vocales titulares o suplentes en el supuesto del art. 3. b) podrán delegar la asistencia en un representante de la empresa, para cada sesión del Pleno y no de forma genérica.

Los miembros del Pleno podrán delegar por escrito su representación y voto en otro miembro del Pleno, en caso de imposibilidad de asistencia del vocal titular y, en su caso, del suplente que se hubiera designado. Esta delegación sólo podrá ejercerse para cada una de las sesiones del Pleno, sin que sean admisibles las delegaciones genéricas.



Art. 5. Corresponde al Pleno de la Cámara de Comercio de España:

a) Aprobar, a propuesta del Comité Ejecutivo, y proponer por mayoría absoluta al Ministerio de Economía y Competitividad el Reglamento de Régimen Interior de la Corporación, así como sus modificaciones.

b) Elegir, en la forma prevista en el art. 24 del presente Reglamento, al Presidente y demás miembros del Comité Ejecutivo así como acordar su cese, y declarar y proveer las vacantes que se produzcan, así como ratifi-

car el nombramiento o cese del presidente o los Presidentes honorarios designados por el Presidente de la Cámara de Comercio de España en la forma señalada en el art. 16.

c) Nombrar, en su caso, y cesar al Director Gerente, a propuesta del Presidente, y por acuerdo motivado adoptado por la mitad más uno de sus miembros.

d) Nombrar, previa convocatoria pública de la vacante, y cesar al Secretario General, por acuerdo motivado adoptado por la mitad más uno de sus miembros.

e) Determinar los empleados que pueden tener acceso a la información facilitada por la Administración tributaria a que se refiere el art. 8 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

f) Aprobar las cuentas anuales, el Informe Anual sobre el Gobierno Corporativo, y los presupuestos ordinarios y extraordinarios y sus liquidaciones, para su remisión al Ministerio de Economía y Competitividad para su aprobación definitiva.

g) Adoptar los acuerdos referentes a la adquisición y disposición de bienes y a las operaciones de crédito cuando éstos excedan del 25% del presupuesto recabando las autorizaciones necesarias para ello en los términos de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

h) Adoptar, con una mayoría de dos tercios de los votos presentes, acuerdos vinculantes para todas las Cámaras en el marco de las funciones descritas en los artículos 22 y 23 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

i) Crear, constituir y suprimir, a propuesta del Comité Ejecutivo, las Comisiones de trabajo de carácter consultivo y designar al Presidente de cada una de ellas.

j) Designar, a propuesta del Comité Ejecutivo, los representantes de la Cámara de Comercio de España en los distintos organismos públicos y privados que proceda.

k) Aprobar, a propuesta del Comité Ejecutivo, las recomendaciones para las aportaciones voluntarias de las empresas y entidades mencionadas en el art. 36.2 del presente reglamento.

l) Aprobar, a propuesta del Comité Ejecutivo, la participación en la Cámara de Comercio de España, de otras empresas o entidades, en calidad de vocales colaboradores o asociados mencionados en el art. 34.2 del presente reglamento, así como su cese.

m) Aprobar, a propuesta del Comité Ejecutivo, la renovación del Pleno y, en su caso, del Comité Ejecutivo, de acuerdo con la Ley 4/2014, de 1 de abril, y con el presente reglamento.

n) Aprobar, a propuesta del Comité Ejecutivo, los criterios de afectación y distribución de los ingresos de la Cámara de Comercio de España, respetando las reglas de preferencia y distribución a que se refiere el art. 31 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

o) Ejercer todas aquellas facultades que puedan corresponderle en relación con su carácter de órgano supremo de gobierno y representación general de la Cámara de Comercio de España.

p) Acordar, a propuesta del Comité Ejecutivo, la elevación del Plan Cameral de Internacionalización y del Plan Cameral de Competitividad al Ministerio de Economía y Competitividad para su aprobación si procede.

q) Aprobar, a propuesta del Comité Ejecutivo, informes y propuestas.

r) Cuantas otras funciones le atribuya la legislación vigente.

Art. 6. El Pleno de la Cámara de Comercio de España se reunirá, como mínimo, dos veces al año en sesión ordinaria y, en sesión extraordinaria, cada vez que lo acuerde el Presidente, el Comité Ejecutivo o la mitad más uno de los miembros del Pleno. Podrá convocarlo también el Ministro de Economía y Competitividad a propia iniciativa, en cuyo caso, podrá presidir la sesión.

Art. 7. El Pleno de la Cámara de Comercio de España, para poder celebrar válidamente sus sesiones en primera convocatoria, deberá estar constituido, al menos, por las dos terceras partes de sus miembros titulares, suplentes o, en su caso, delegados.

Cuando no se hubiera conseguido el número de asistentes señalados en el párrafo anterior, el Pleno podrá quedar constituido, en segunda convocatoria, media hora más tarde de la prevista para su celebración, siempre que asistan a la misma la mitad más uno de sus componentes titulares, suplentes o delegados y siempre con la asistencia del Presidente y del Secretario General de la Cámara de Comercio de España, sin perjuicio de las sustituciones y delegaciones previstas en el art. 4 de este Reglamento.

El Pleno adoptará sus acuerdos, como regla general, por mayoría simple de los asistentes, salvo los supuestos en los que la Ley 4/2014, de 1 de abril, o el presente reglamento prevean otras mayorías, y sin perjuicio de la delegación de voto prevista en el art. 4 del presente reglamento.

Cuando razones de urgencia lo justifiquen el Pleno podrá delegar funciones concretas en el Comité Ejecutivo o en el Presidente.

CAPÍTULO III Del Comité Ejecutivo

Art. 8. El Comité Ejecutivo es el órgano de gestión, administración y propuesta de la Cámara de Comercio de España.

Los integrantes del Comité Ejecutivo serán elegidos por el Pleno de entre sus miembros con arreglo al procedimiento establecido en el Capítulo Séptimo de este Reglamento de Régimen Interior.



El Comité Ejecutivo estará integrado por el Presidente, tres Vicepresidentes, el Tesorero, ocho representantes de las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, de los cuales necesariamente cuatro representantes deberán ser de las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas con más empresas en sus censos y los restantes se elegirán mediante el sistema rotatorio de representación que establece el art. 9 del presente reglamento; catorce representantes de las empresas de mayor contribución a la Cámara de Comercio de España en el territorio nacional; dos representantes de las organizaciones empresariales representadas en el Pleno, un representante de las organizaciones de autónomos representadas en el Pleno, un representante del Ministerio de Economía y Competitividad y un representante del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

El Secretario General y el Director Gerente, si lo hubiera, asistirán, con voz pero sin voto, a las reuniones del Comité Ejecutivo.

Asimismo, además del representante del Ministerio de Economía y Competitividad que forma parte del Comité Ejecutivo, será convocado al mismo un segundo representante de dicho Ministerio, que asistirá con voz pero sin voto.

También podrán participar en el Comité Ejecutivo, con voz pero sin voto, las personas o entidades que por razón de la materia a tratar sean invitadas por el Presidente y puedan contribuir a su desarrollo.

Art. 9. De los ocho representantes de las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que formarán parte del Comité Ejecutivo:

- Cuatro representantes deberán ser de las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas con más empresas en sus censos.
- Cuatro representantes de las Cámaras de Comercio de las restantes Comunidades Autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, que se hará manteniendo el orden decreciente del número de empresas en sus censos y que rotarán anualmente.

Art. 10. Corresponde al Comité Ejecutivo el ejercicio de las funciones que no estén expresamente encomendadas a otros órganos y, en particular, las siguientes:

a) Elaborar y proponer al Pleno la aprobación de las cuentas anuales, el Informe Anual sobre el Gobierno Corporativo, y los presupuestos y liquidaciones.

b) Supervisar la contabilidad General y adoptar acuerdos de carácter general en materia de ordenación de cobros y pagos.

c) Proponer al Pleno la creación de comisiones de trabajo de carácter consultivo así como el nombramiento de sus presidentes.

d) Crear, modificar y suprimir Comités Empresariales Bilaterales con otros países y designar al Presidente de la parte española de cada una de ellas, informando de todo ello al Ministerio de Economía y Competitividad.

e) Crear Comités, Consejos y otros Grupos de trabajo, cuando no sean competencia del Pleno, así como nombrar a sus presidentes.

f) Proponer al Pleno los representantes de la Cámara de Comercio de España en los distintos organismos públicos y privados que proceda.

g) Acordar la promoción o participación de la Cámara de Comercio de España en cualquier asociación, consorcio, fundación, sociedad civil o mercantil de carácter público o privado, o entidades de naturaleza análoga.

h) Proponer al Pleno la aprobación o modificación del Reglamento de Régimen Interior para su elevación al Ministerio de Economía y Competitividad.

i) Proponer al Pleno las recomendaciones para las aportaciones voluntarias de las empresas y entidades mencionadas en el art. 36.2 del presente reglamento.

j) Proponer al Pleno la participación en la Cámara de Comercio de España, de otras empresas o entidades mencionadas en el art. 36.2 del presente reglamento, en calidad de Vocales Colaboradores o de Asociados.

k) Proponer al Pleno la modificación del mismo y del Comité Ejecutivo de acuerdo con la ley 4/2014, de 1 de abril, y el presente reglamento.

l) Proponer al Pleno los criterios de afectación y distribución de los ingresos de la Cámara de Comercio de España.

m) Adoptar los acuerdos referentes a la adquisición y disposición de bienes y a las operaciones de crédito cuando éstos no superen el 25% del presupuesto ordinario de la Cámara de Comercio de España sin perjuicio de recabar cuando sea necesario las autorizaciones a que se refiere el art. 31 de la Ley 4/2014, de 1 de abril. El Comité Ejecutivo informará al Pleno con posterioridad de los acuerdos adoptados.

n) Proponer al Pleno los acuerdos referentes a la adquisición y disposición de bienes y a las operaciones de crédito cuando estos superen el 25% del presupuesto ordinario de la Cámara de Comercio de España sin perjuicio de recabar cuando sea necesario las autorizaciones a que se refiere el art. 31 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

o) Adoptar, los acuerdos relativos al ejercicio de toda clase de acciones y a la interposición de recursos ante cualquier jurisdicción, autoridad administrativa o ante instituciones arbitrales.

p) Adoptar acuerdos relativos al procedimiento de contratación habilitado para garantizar las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación.

q) Aprobar un Código de Buenas Prácticas que garantice la imparcialidad y transparencia de la Cámara de Comercio de España en el desarrollo de sus funciones público-administrativas.

El Código de Buenas Prácticas será de aplicación a todos los miembros de la Cámara de Comercio de España, a su personal, así como en sus relaciones con terceros.

r) Proponer al Pleno el Plan Cameral de Internacionalización y el Plan Cameral de Competitividad para su aprobación, si procede, por el Ministerio de Economía y Competitividad.

s) Evacuar los informes y asesoramientos previstos en el art. 25 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, y los que la Administración le solicite, informando de ellos al Pleno en la primera sesión que se celebre.

t) Ejercer aquellas funciones cuya competencia no se encuentre reservada al Pleno ni a ningún otro órgano de la Cámara de Comercio de España.

u) Aprobar cualquier tipo de convenio de colaboración que no esté reservado a otros órganos de gobierno de la Cámara de Comercio de España. El Comité Ejecutivo informará al Pleno de los convenios aprobados.

v) Cualquier otra función que le encomiende el Pleno.

El Comité Ejecutivo podrá delegar funciones concretas a excepción de las delegadas por el Pleno y las contenidas en las letras a), b), c), d), h), i), j), k), l), n), q), r).

El órgano o persona en quien se delegue deberá informar por escrito al Comité Ejecutivo de las actuaciones llevadas a cabo en el ejercicio de la delegación. El Comité podrá recabar cuantas aclaraciones considere oportunas, así como avocar en cualquier momento las competencias delegadas.

Art. 11. El Comité Ejecutivo celebrará Sesión ordinaria, como mínimo, seis veces al año así como las extraordinarias que acuerde el Presidente o la soliciten la mitad sus miembros.

Los miembros del Comité Ejecutivo lo son en virtud de la elección efectuada por el Pleno. En caso de ausencia o enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, miembros titulares podrán ser sustituidos por sus suplentes en el Pleno, si los hubiera o por las personas en quien deleguen.

Los miembros del Comité Ejecutivo podrán delegar por escrito su representación y voto en otro miembro del Comité Ejecutivo, en caso de imposibilidad de asistencia del vocal titular y, en su caso, del suplente. Esta delegación sólo podrá ejercerse para cada una de las sesiones del Comité, sin que sean admisibles las delegaciones genéricas.

El Comité Ejecutivo, para poder celebrar válidamente sus sesiones en primera convocatoria, deberá estar constituido, al menos, por las dos terceras partes de sus miembros.

Cuando no se hubiera conseguido el número de asistentes señalados en el párrafo anterior, el Comité Ejecutivo podrá quedar constituido, en segunda convocatoria, media hora más tarde de la prevista para su celebración, siempre que asistan a la misma la mitad más uno de sus componentes y siempre con la asistencia del Presidente y del Secretario General de la Cámara de Comercio de España, sin perjuicio de las sustituciones y delegaciones previstas en este reglamento.

Sus acuerdos serán adoptados por mayoría simple de los asistentes, sin perjuicio de la delegación de voto.

CAPÍTULO IV

Del Presidente, Vicepresidentes, Tesorero y Presidentes Honorarios

Art. 12. Corresponderá al Presidente de la Cámara de Comercio de España, ostentar la representación de la misma, convocar y presidir sus órganos colegiados y ser responsable de la ejecución de sus acuerdos.

También le corresponderá dirigir las actividades de la Cámara de Comercio de España necesarias para el desarrollo de las funciones reconocidas en el art. 21 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

A tal fin, podrá disponer cuanto considere conveniente para la buena marcha y gobierno de la Cámara de Comercio de España, todo ello sin perjuicio de las competencias del Comité Ejecutivo y del Pleno, ante quienes responderá de su gestión.

Finalmente le corresponderá adoptar toda clase de acuerdos en materia de personal que no estén expresamente reservados al Pleno.

Art. 13. Sin perjuicio de su responsabilidad personal, el Presidente, podrá delegar por escrito facultades concretas y determinadas.

No podrán ser objeto de delegación aquellas facultades delegadas por el Pleno o el Comité Ejecutivo en el Presidente.

Art. 14. Los Vicepresidentes primero, segundo y tercero sustituirán, por su orden, al Presidente en caso de ausencia, enfermedad o vacante, teniendo entonces idénticas atribuciones. Deberán coadyuvar a las tareas de éste asistiéndole y, en su caso, ostentando su representación.

En caso de ausencia, enfermedad o vacante de los Vicepresidentes, serán sustituidos por el Tesorero o por el vocal de mayor edad del Comité Ejecutivo.

En caso de ausencia, vacante o enfermedad sustituirá al Secretario General la persona que designe el Comité Ejecutivo de acuerdo con lo establecido en el art. 20.

Art. 15. El Tesorero custodiará los fondos de la Cámara de Comercio de España en la forma que disponga el Comité Ejecutivo, supervisará la contabilidad y dirigirá la preparación de las cuentas anuales. El Comité Ejecutivo podrá prever quien, de entre sus vocales, actúe como Tesorero Adjunto que asistirá al Tesorero en el desarrollo de sus funciones y le sustituirá en los casos de ausencia, enfermedad o vacante. El Tesorero podrá delegar funciones concretas en el Tesorero Adjunto.

El Tesorero y en su caso, el Tesorero adjunto, recibirá el soporte y asistencia técnica de los servicios contables y presupuestarios dependientes de la Cámara de Comercio de España.

Art. 16. La Cámara de Comercio de España podrá disponer de uno o varios Presidentes honorarios que podrán ejercer la representación institucional de la Cámara, tanto a nivel nacional como internacional, en todos

aquellos actos para los que sea requerido o delegue el Presidente así como para los que haya sido comisionado por el Pleno. Su designación y cese se realizarán por el Presidente, que informará de ello al Pleno para su ratificación.

Hasta que se produzca su ratificación, el Presidente honorario llevará a cabo sus funciones en la forma y con el alcance contenido en la designación del Presidente de la Cámara de Comercio de España.

CAPÍTULO V

Del Director Gerente

Art. 17. La Cámara de Comercio, de España podrá nombrar un Director Gerente que deberá ser licenciado o titulado de grado superior, y cuyo nombramiento y cese corresponderán al Pleno, a propuesta del Presidente y por acuerdo motivado adoptado por la mitad más uno de sus miembros.

Art. 18.

Corresponde al Director Gerente, con independencia de las facultades ejecutivas que en él hayan podido ser delegadas por los órganos de gobierno, la gestión de los acuerdos adoptados por los órganos de gobierno de la Cámara de Comercio de España y la dirección de sus servicios, en los términos que establezca el Presidente.

Asistirá con voz, pero sin voto, a las sesiones de los órganos de gobierno de la Cámara y mantendrá informados de su gestión y del conjunto de actividades de la Cámara de Comercio España al Pleno, al Comité Ejecutivo y al Presidente. Cuando no exista Director Gerente o éste no pueda realizar sus funciones, estas serán asumidas por el Secretario General.

Este puesto estará sometido al régimen de contratación laboral.

CAPÍTULO VI

Del Secretario General

Art. 19. La Cámara de Comercio de España tendrá un Secretario General que deberá ser licenciado o titulado de grado superior. El Secretario General estará sometido al régimen de contratación laboral.

Su nombramiento y cese corresponderá al Pleno de la Cámara de Comercio de España, por acuerdo motivado adoptado por la mitad más uno de sus miembros. El nombramiento tendrá lugar previa convocatoria pública de la plaza realizada por el Comité Ejecutivo por medio de la inserción del correspondiente anuncio en la página web de la Cámara de Comercio de España y en uno de los diarios de mayor tirada en el ámbito nacional.

El Secretario General lo será del Pleno y del Comité Ejecutivo.

El Secretario General, con voz pero sin voto, asistirá como tal a las reuniones de los órganos de gobierno de la Cámara de Comercio de España y velará por la legalidad de sus acuerdos. Asimismo, efectuará, cuando proceda, las pertinentes advertencias sobre los mismos para la buena marcha de la Cámara de Comercio de España, dejando constancia de ello en las correspondientes actas.

Art. 20. Además de las funciones establecidas en el art. 19, corresponde al Secretario General, con independencia de las facultades que en él hayan podido ser delegadas, redactar y firmar con el Presidente las actas de las reuniones de los órganos de gobierno, así como la custodia de los libros de las actas, certificar, cuando sea preciso, los acuerdos de los órganos de gobierno y demás certificaciones requeridas a la Cámara de Comercio de España, prestar la asistencia y asesoramientos precisos al Pleno, al Comité Ejecutivo, al Presidente y al Director Gerente y, en general, cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de Secretario. Cuando por cualquier motivo no exista Secretario General o este no pueda desempeñar sus funciones, estas serán asumidas por la persona que designe el Comité Ejecutivo.

CAPÍTULO VII

Constitución y forma de elección del Presidente y demás miembros del Pleno y del Comité Ejecutivo

Art. 21. El mandato de los vocales de la Cámara de Comercio de España será de cuatro años a contar desde su toma de posesión en la primera sesión constitutiva de su Pleno. Finalizado dicho plazo, los miembros del Pleno y del Comité Ejecutivo seguirán en funciones hasta que tomen posesión los nuevos vocales.

Celebrados todos los procesos electorales en las Cámaras de Comercio, se notificarán por las Administraciones tutelantes los cambios que, en su caso, se hubiesen producido en las personas físicas titulares de los cargos de Presidente o representante de las Cámaras que fueron designados por aquellas. Estas personas físicas

sustituirán a las anteriores y ocuparán a partir de ese momento y por el tiempo que reste hasta la finalización del mandato las vocalías en el Pleno y en el Comité Ejecutivo. Asimismo, si cualquier Miembro del Pleno dejara de serlo, por cambio en la representación de la entidad o Administración por la que fue propuesto o designado, se notificará por dicha entidad o administración la persona que le sustituya que ocupará su vocalía en el Pleno y, en su caso, en el Comité Ejecutivo, a partir de ese momento y por el tiempo que reste hasta la finalización del mandato.



Art. 22. Para la renovación del Pleno, transcurrido el plazo establecido de cuatro años, la Secretaría Estado de Comercio se dirigirá, como mínimo tres meses antes:

a) A las administraciones tutelantes de las Comunidades Autónomas, para que designen a los 19 presidentes de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, uno por cada una de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y a ocho representantes más de las Cámaras pertenecientes a las Comunidades Autónomas con mayor número de empresas en sus censos, de acuerdo con el art. 25.2.a) de la Ley 4/2014, de 1 de abril. A estos efectos, el Secretario General de la Cámara de España expedirá la correspondiente certificación de cuáles son estas Comunidades Autónomas.

b) A las organizaciones empresariales intersectoriales y territoriales más representativas en el ámbito nacional, para que presenten la lista de nueve vocales, propuestos entre representantes de empresas y personas de reconocido prestigio en la vida económica.

c) Al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, Ministerio de Justicia, Ministerio de Fomento y al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, para que propongan a sus respectivos representantes; y

d) Al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para que proponga a dos vocales en representación de las organizaciones de autónomos más representativas en el ámbito nacional.

Asimismo, la Secretaría de Estado de Comercio iniciará los trámites a los efectos de que el Ministro de Economía y Competitividad:

a) Presente la lista de veintiocho vocales propuestos en representación de las grandes empresas, que serán elegidas considerando el importe de las aportaciones realizadas desde que se constituyera el último Pleno, garantizando, en todo caso, que estén representados los diferentes sectores de la actividad económica y las grandes empresas de ámbito nacional con mayor facturación.

b) Designe a los dos representantes de las Federaciones existentes de las Cámaras Españolas Oficiales de Comercio en el extranjero.

c) Proponga un vocal, de acuerdo con el art. 25.2.d) de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

Todas estas entidades y Administraciones deberán remitir la relación de los representantes propuestos o designados por ellos en el plazo máximo de un mes desde que reciban la solicitud por parte de la Secretaría de Estado de Comercio, quedando así comunicada la relación de los 78 vocales que formarán el Pleno de la Cámara de Comercio de España.

La falta de propuesta o designación, según los casos, de los citados representantes en el plazo previsto en el párrafo anterior, no impedirá la renovación del Pleno de la Cámara de Comercio de España.

Art. 23. El Secretario General de la Cámara de Comercio de España, a instancia del Secretario de Estado de Comercio, remitirá la convocatoria de la sesión constitutiva del nuevo Pleno a los representantes establecidos en el apartado anterior, como mínimo con 15 días hábiles de antelación a la fecha de la sesión. En esta convocatoria, figurará la relación nominal de representantes propuestos o designados para vocales del Pleno con el fin de que se comiencen a elaborar las candidaturas oportunas para la elección del Comité Ejecutivo.

Art. 24. La sesión constitutiva del nuevo Pleno será presidida por el Secretario de Estado de Comercio. Los vocales propuestos y/o designados tomarán posesión de sus cargos al inicio de la sesión, quedando constituido en ese momento el nuevo Pleno de la Cámara de Comercio de España.

Constituido el Pleno, en la misma sesión, y con el fin de elegir a los miembros que conformarán el Comité Ejecutivo, se formará, a continuación, la Mesa Electoral, que estará presidida por el Secretario de Estado de Comercio e integrada además por los dos Vocales del Pleno de mayor y menor edad, actuando de Secretario el de la Cámara de Comercio de España.

Acto seguido se entregarán por escrito al Secretario las propuestas de candidaturas, quien dará lectura de las mismas. La Mesa Electoral verificará que las candidaturas cumplan con las condiciones previstas en el art. 26 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, y a continuación proclamará las candidaturas elegibles.

En cada candidatura figurarán los cargos de Presidente, tres Vicepresidentes, Tesorero, y veintisiete miembros más.

De acuerdo con el art. 26, apartado 2 de la Ley 4/2014, ocho de los miembros de estas candidaturas serán representantes de las Cámaras de Comercio, de los cuales necesariamente cuatro representantes deberán ser de las Cámaras de Comercio de las Comunidades Autónomas con más empresas en sus censos y los restantes se elegirán mediante el sistema rotatorio establecido en el art. 9 de este Reglamento de Régimen Interior.

A estos efectos, el Secretario General de la Cámara de Comercio de España expedirá la correspondiente certificación sobre el número de empresas que figuran en los censos de todas las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.

También formarán parte de este Comité los dos vocales del Pleno, representantes del Ministerio de Economía y Competitividad y del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, tal y como establece el art. 26.2 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

No podrán presentarse los mismos candidatos en dos o más listas a excepción de los dos representantes de los Ministerios que figurarán siempre en las candidaturas correspondientes de forma automática y de los representantes de las Cámaras de las ocho Comunidades citadas anteriormente. Tampoco podrán presentarse candidaturas individuales.

A continuación se procederá a la votación de las candidaturas.

La elección se efectuará mediante votación nominal y secreta. En cada papeleta deberá anotarse la candidatura seleccionada. Las papeletas sin nombres serán consideradas votos en blanco y las que no correspondan con ninguna candidatura presentada serán considerados votos nulos.

La elección de la candidatura requerirá la mayoría de los vocales presentes. En caso de no lograrse esta mayoría, se realizará una segunda votación, siendo elegida la candidatura más votada.

Una vez realizado el escrutinio por la Mesa Electoral, su Presidente informará de los resultados al Pleno, y el Secretario de Estado de Comercio proclamará la candidatura elegida. A continuación, los miembros del Comité Ejecutivo tomarán posesión de sus cargos.

El Presidente y demás miembros del Comité Ejecutivo ejercerán sus cargos hasta la renovación del nuevo Pleno de la Cámara de Comercio de España, pudiendo ser reelegidos en sus mandatos.

CAPÍTULO VIII

Pérdida de la condición de miembro del Pleno

Art. 25. Además de por la terminación del mandato, la condición de miembro del Pleno se perderá por alguna de las siguientes causas:

- a) Cuando desaparezca cualquiera de los requisitos de elegibilidad que concurrieron para su elección o por la pérdida de la condición que habilitó al vocal para ser propuesto.
- b) Por virtud de la propuesta de cese emanada de los órganos que los hubiesen designado o propuesto.

- c) Por dimisión, renuncia, o acaecimiento cualquier causa que le incapacite para el desempeño del cargo.
- d) Por fallecimiento de los miembros del Pleno que tengan la consideración de personas físicas o extinción de la personalidad jurídica en el caso de miembros del Pleno con forma societaria.
- e) Por ser inhabilitado para empleo o cargo público, de acuerdo con el art. 24.2 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.
- f) En el supuesto de las empresas que formen parte del Pleno según lo establecido en el art. 3.b) del presente reglamento, se atenderá a las aportaciones voluntarias realizadas, en función de las recomendaciones aprobadas de conformidad con el presente reglamento.

Art. 26.—Las vacantes se cubrirán por el Pleno en la siguiente sesión que éste celebre. La persona elegida o propuesta ocupará el cargo por el tiempo que faltare para cumplir el mandato de aquél a quién suceda. Los cambios de vocales en el Pleno conllevará, en su caso, la correspondiente sustitución en el Comité Ejecutivo.

Cuando se trata de vacantes producidas entre los vocales previstos en el art. 3.b) del presente reglamento como consecuencia de haber desaparecido la relación de representación o la vinculación entre el vocal y la persona jurídica a la cual representaba, el vocal se sustituirá por aquel que hubiera designado la empresa.

CAPÍTULO IX

Cese del Presidente y demás miembros del Comité Ejecutivo

Art. 27. Con independencia de la terminación normal de sus mandatos, el Presidente y demás miembros del Comité Ejecutivo, podrán cesar:

- a) Por acuerdo del Pleno adoptado por las dos terceras partes de sus miembros.
- b) Por pérdida de la condición de miembro del Pleno.
- c) Por renuncia que no implique la pérdida de su condición de miembro del Pleno.

Art. 28.

Las vacantes se cubrirán por el Pleno en la siguiente sesión que celebre el Pleno. La persona elegida ocupará el cargo por el tiempo que faltare para cumplir el mandato de aquél a quién suceda.

CAPÍTULO X

De la Asamblea General de Cámaras

Art. 29. De acuerdo con lo establecido en el art. 32.2 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, se constituye la Asamblea General de Cámaras, como órgano para desarrollar actuaciones e iniciativas que promuevan la participación, con voz pero sin voto, de todas las Cámaras en el ejercicio de sus funciones.

La Asamblea General de Cámaras es un órgano de consulta y participación de todas las Cámaras de Comercio, de acuerdo con lo previsto en el art. 32.2 de la Ley 4/2014, de 1 de abril.

La Asamblea General de Cámaras será presidida por el Presidente de la Cámara de Comercio de España y estará integrada por los Presidentes de todas las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

El Secretario General y el Director Gerente, si lo hubiera, asistirán, con voz pero sin voto a las reuniones de la Asamblea General de Cámaras.

Asimismo, el representante del Ministerio de Economía y Competitividad en el Pleno asistirá, con voz pero sin voto, a las reuniones de la Asamblea General de Cámaras.

También podrán participar en la Asamblea General de Cámaras las personas o entidades que por razón de la materia a tratar sean invitadas por el Presidente.

Art. 30. La Asamblea General de Cámaras tendrá las siguientes funciones:

- a) Proponer actuaciones e iniciativas para promover la participación de todas las Cámaras en el desarrollo de las funciones de la Cámara de Comercio de España.
- b) Formular propuestas en relación con las líneas y los planes estratégicos de actuación de la Cámara de Comercio de España.
- c) Informar sobre la memoria de actividades de las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y de la Cámara de Comercio de España.

d) Formular propuestas en relación con los programas y actuaciones dirigidas a la internacionalización y la mejora de la competitividad empresarial y al fomento de la innovación que la Cámara de Comercio de España desarrolle conjuntamente con las Cámaras de Comercio.

e) Asistir a los órganos de gobierno en sus actuaciones de la Cámara de Comercio de España y las desarrolladas por las Cámaras Oficiales en el extranjero.

f) Estudiar y proponer a los órganos de gobierno de la Cámara de Comercio de España, en su caso, medidas para la mejora de la competitividad y la internacionalización de la economía española.

g) Emitir los informes solicitados, en su caso, por los órganos de gobierno en los ámbitos de las funciones de las Cámaras.

h) Asesorar a los órganos de gobierno de la Cámara de Comercio de España para contribuir a que sus actuaciones se adecuen al cumplimiento de sus intereses y objetivos.

i) Aquellas otras que le encomienden los órganos de gobierno de la Cámara de Comercio de España.

Art. 31. La Asamblea General de Cámaras se reunirá cada año en sesión ordinaria y, en sesión extraordinaria, cada vez que lo acuerde el Presidente, el Pleno o la mitad más uno de sus componentes, sin perjuicio de que el Presidente pueda establecer la constitución de Comités y Grupos de trabajo.

CAPÍTULO XI

Del personal

Art. 32. La Cámara de Comercio de España podrá contar con el personal necesario para su buen funcionamiento al que le será de aplicación la legislación laboral.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Ley 4/2014, de 1 de abril, el personal que a la entrada en vigor de la citada ley se encontrara al servicio del Consejo Superior de Cámaras al amparo del Decreto de 13 de junio de 1936, se regirá sin distinción por la legislación laboral vigente aplicable al resto del personal al servicio de la misma.

CAPÍTULO XII

Del Plan Cameral de Internacionalización y del Plan Cameral de Competitividad

Art. 33. El Plan Cameral de Internacionalización previsto en el art. 22 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, comprende la descripción de las actuaciones de interés general en las áreas de formación e información dirigidas prioritariamente a promover la adquisición, en el exterior, de bienes y servicios producidos en España, y cualquier otra relativa a la operativa del comercio internacional.

La elaboración y ejecución del Plan se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la Ley 4/2014, de 1 de abril y las disposiciones que establezca el Ministerio de Economía y Competitividad de acuerdo con las atribuciones que le competen en materia de tutela relativas al comercio exterior.

Art. 34. El Plan Cameral de Competitividad de la Empresa Española previsto en el art. 23 de la Ley 4/2014, comprende el conjunto de las actividades y funciones públicas a desarrollar por las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación en apoyo de las empresas españolas, con especial consideración a las pequeñas y medianas al amparo del acuerdo suscrito con el Ministerio de Economía y Competitividad.

De acuerdo con lo establecido en el precitado art. 23 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, el Ministerio de Economía y Competitividad y la Cámara de Comercio, de España suscribirán cada dos años, previa consulta con las Comunidades Autónomas, un Plan en el que se concretarán los programas para la mejora de la competitividad de las empresas españolas, y a desarrollar conjuntamente con las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

Este Plan incluirá los programas y actividades que impulsará la Cámara de Comercio de España y será elaborado con pleno respeto a las competencias de cada Comunidad Autónoma.

CAPÍTULO XIII

Regimen económico y presupuestario. Transparencia

Art. 35. 1. La Cámara de Comercio de España podrá disponer de los siguientes ingresos:

- a. Los ingresos ordinarios y extraordinarios por la prestación de servicios.
- b. Los productos, rentas e incrementos de su patrimonio.
- c. Las aportaciones voluntarias de empresas o entidades.
- d. Los legados y donativos que pudieran recibir.
- e. Los procedentes de las operaciones de crédito que se realicen.
- f. Cualquier otro ingreso que se le pueda atribuir en virtud de convenio o por cualquier otro procedimiento de conformidad con el ordenamiento vigente.

2. Las empresas o entidades que realicen aportaciones voluntarias se englobarán en las siguientes categorías:

- a. Vocales: Miembros del Pleno a los que se refiere el art. 3.b) de este reglamento.
- b. Vocales Colaboradores: Podrán asistir a las reuniones del Pleno con voz pero sin voto, a propuesta del Comité Ejecutivo y previo acuerdo del Pleno.
- c. Asociados: Podrán participar en la Cámara de Comercio de España, en calidad de asociados, a propuesta del Comité Ejecutivo y previo acuerdo del Pleno, otras empresas o entidades que hayan realizado aportaciones voluntarias y que no estén incluidas entre las previstas en los apartados a) y b) anteriores.

El Comité Ejecutivo podrá establecer unas recomendaciones para las aportaciones antes mencionadas, que deberán ser aprobadas por el Pleno.

3. La Cámara de Comercio España deberá contar con la autorización de la administración tutelante para la disposición de bienes inmuebles debiendo obtenerla con carácter previo al inicio del procedimiento de enajenación que se basará en los principios de publicidad, transparencia y no discriminación. Al solicitar la autorización se definirá la motivación y la finalidad a la que van a ir destinados los fondos que se obtengan.

En el caso de la adquisición de bienes inmuebles también será necesaria la autorización previa de la Administración tutelante a la que se deberá informar de la forma y plazo en los que se vaya a financiar dicha adquisición para garantizar la disponibilidad de recursos que permita hacer frente a la misma.

Se encontrarán igualmente sometidos a previa autorización los actos de administración del patrimonio inmobiliario que tengan un importe igual o superior al 25 por ciento del valor del inmueble afectado. Al solicitar la autorización, se definirá la motivación y la finalidad de la actuación que se pretenda llevar a cabo en orden a la correcta administración patrimonial.

En el caso del resto de bienes, no inmuebles, también será necesaria dicha autorización con carácter previo cuando el valor del bien o la operación de crédito para cualquier fin que se quiera celebrar exceda del 25 ciento del presupuesto ordinario.



Art. 36. 1. La Cámara de Comercio de España elaborará y someterá su presupuesto ordinario y presupuestos extraordinarios de gastos e ingresos a la aprobación de la administración tutelante, que fiscalizará sus cuentas anuales y liquidaciones y podrá establecer las instrucciones necesarias para la elaboración de los presupuestos y de las liquidaciones tipo.

2. Las cuentas anuales y liquidaciones de los presupuestos deberán presentarse acompañadas de un informe de auditoría de cuentas.

Art. 37. 1. El Comité Ejecutivo elaborará los proyectos de Presupuestos y liquidaciones, que, deberán ser remitidos, con 15 días como mínimo de antelación a la fecha de la Sesión del Pleno en el que van a ser tratados.

2. Corresponde al Pleno de la Cámara de Comercio de España, sobre la base de la propuesta elaborada por el Comité Ejecutivo, la aprobación del Presupuesto ordinario para el año siguiente antes del 30 de noviembre y la liquidación de las cuentas del ejercicio precedente antes del 30 del mes de abril, elevándolos dentro de los tres días siguientes a su adopción, a la aprobación del Ministerio de Economía y Competitividad.

3. Para la realización de obras y servicios no previstos en el presupuesto ordinario, deberán formalizarse presupuestos extraordinarios, cuyos proyectos así como sus liquidaciones, una vez aprobados por el Pleno a propuesta del Comité Ejecutivo, se someterán a la aprobación del Ministerio de Economía y Competitividad.

Art. 38. La Cámara de Comercio de España deberá reflejar contablemente el movimiento de sus ingresos y gastos, así como las variaciones de su situación patrimonial, confeccionando, al menos mensualmente, un balance y liquidación provisional. Deberá también confeccionar cada año el correspondiente balance que exprese su situación patrimonial, económica y financiera. El balance anual será elevado también a la preceptiva aprobación del Ministerio.

La Cámara de Comercio de España mantendrá una contabilidad diferenciada en relación con sus actividades públicas y privadas, sin perjuicio de la unicidad de las cuentas anuales.

Art. 39. La liquidación anual del presupuesto ordinario y el Balance anual serán auditados por un miembro del Registro Oficial de Auditores de Cuentas, elegido por el Pleno a propuesta del Comité Ejecutivo de acuerdo con los principios de concurrencia, publicidad, transparencia y no discriminación.

Con el fin de garantizar la rotación del auditor o sociedad de auditoría, se aplicará el período de duración legal máxima que se establezca a estos efectos para las entidades de interés público.

Art. 40. 1. La Cámara de Comercio de España hará públicas periódicamente las subvenciones que reciba, así como otro tipo de recursos públicos que pueda percibir para el desarrollo de sus funciones.

2. Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables, así como las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del cese en su cargo por cualquier causa serán de público acceso.

3. Las cuentas anuales, junto con el Informe de Auditoría, y el Informe Anual sobre el Gobierno Corporativo se depositarán en el Registro Mercantil de Madrid y serán objeto de publicidad.

4. La Cámara de Comercio de España publicará la información relativa a las funciones que desarrolla, la normativa que le sea de aplicación así como su estructura organizativa.

Art. 41. La Cámara de Comercio de España hará públicos:

a) Aquellos contratos sujetos a Derecho Administrativo formalizados, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente. Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

b) La relación de los convenios suscritos sujetos a Derecho Administrativo, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios. Se entienden incluidas las subvenciones y ayudas reguladas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias y su grado de ejecución.

e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.

f) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia.

CAPÍTULO XIV
Relaciones intercamerales

Art. 42. La Cámara de Comercio de España únicamente dará curso a las iniciativas de las Cámaras que tengan o puedan tener carácter general y afecten o puedan afectar a los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación.

Art. 43. Para el adecuado ejercicio de las funciones encomendadas, en particular las mencionadas en el art. 21.1. e), f) y h), de la Ley 4/2014, de 1 de abril, la Cámara de Comercio de España requerirá a las Cámaras para que despachen, en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de los quince días desde su recepción en la respectiva Cámara, las consultas correspondientes.

Art. 44. La Cámara de Comercio de España y las Cámaras podrán celebrar entre sí los oportunos convenios de colaboración para el adecuado desarrollo de las funciones públicas que tienen encomendadas, en especial, para la gestión de servicios públicos de ámbito estatal o internacional.

Disposición transitoria primera. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera de la Ley 4/2014, de 1 de abril, en relación con la exigibilidad de las cuotas del recurso cameral permanente no prescritas, se mantendrá en vigor lo dispuesto en el art. 32 del Reglamento de Régimen Interior del Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación en lo que resulte procedente para la atribución a la Cámara de Comercio de España, del 6% del rendimiento líquido global del citado recurso.

Disposición transitoria segunda. En cumplimiento de la Disposición transitoria segunda de la Ley 4/2014, de 1 de abril, el Comité Ejecutivo, transcurrido un año desde la constitución del primer Pleno, le propondrá una lista de las empresas que considere deben ser renovadas como vocales del Pleno. En cualquier caso permanecerán como vocales del Pleno y, en su caso, como miembros del Comité Ejecutivo, las empresas o entidades que hayan realizado contribuciones iguales o superiores a las recomendadas por el Comité Ejecutivo. Las vacantes que se produzcan se cubrirán preferentemente por Vocales Colaboradores.

Disposición final primera. La Cámara de Comercio de España se rige por lo establecido en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el Reglamento General de Cámaras en cuanto no se oponga a ella y en tanto se dicten las normas reglamentarias sustitutorias y el presente Reglamento de Régimen Interior.

Disposición final segunda. El Ministerio de Economía y Competitividad, resolverá las dudas que se presenten al aplicar este Reglamento y las cuestiones que no hayan sido previstas en él; todo ello, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando la Cámara de Comercio de España ejerza las funciones que se prevén en el apartado 1 del art. 5 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, con el alcance que éste dispone.

Disposición final tercera. Este Reglamento entrará en vigor en el mismo momento de su aprobación por el Ministerio de Economía y Competitividad.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



2015/16. Resolución de 10 de junio de 2015, de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de junio de 2015, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2015». BOE 12.6.2015

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 5 de junio de 2015, a propuesta de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, ha adoptado el Acuerdo por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2015».

Para general conocimiento, se dispone la publicación de dicho Acuerdo como anexo a la presente Resolución.

Madrid, 10 de junio de 2015.—La Secretaria General de Inmigración y Emigración, Marina del Corral Téllez.

ANEXO

Acuerdo por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, en España en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2015»

En los últimos años el programa «Vacaciones en Paz» ha permitido la acogida temporal por familias españolas de menores procedentes de los campamentos de refugiados saharauíes situados en la provincia argelina de Tinduf.

Este programa solidario, llevado a cabo por las asociaciones de amigos del Pueblo Saharaui de las provincias españolas en colaboración con la Delegación Nacional Saharaui y las delegaciones saharauíes en las distintas Comunidades Autónomas, permite que anualmente miles de niños puedan disfrutar durante la época estival de un periodo de vacaciones en España tras el cual regresan a su lugar de procedencia.

Como en años anteriores, se dictan las presentes Instrucciones, al amparo de la disposición adicional primera.⁴ in fine del actual Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que habilita al Consejo de Ministros a dictar instrucciones para la concesión de autorizaciones

de residencia temporal en supuestos de especial relevancia no regulados, cuando circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejen.

Establecido lo anterior, a propuesta de la Ministra de Empleo y Seguridad Social, previo informe de los Ministerios del Interior, de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y de Hacienda y Administraciones Públicas, y realizada la preceptiva consulta a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, el Consejo de Ministros, en su reunión del día 5 de junio de 2015, ha adoptado el siguiente

ACUERDO:

Aprobar las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia temporal de los menores y la estancia de los monitores, de origen saharauí, que se desplazan a España en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2015».

INSTRUCCIONES POR LAS QUE SE DETERMINA EL PROCEDIMIENTO PARA AUTORIZAR LA RESIDENCIA TEMPORAL DE LOS MENORES Y LA ESTANCIA DE LOS MONITORES, DE ORIGEN SAHARAUI, QUE SE DESPLAZAN A ESPAÑA EN EL MARCO DEL PROGRAMA «VACACIONES EN PAZ 2015»

Primera. Objeto. Las presentes Instrucciones tienen por objeto establecer la forma, requisitos y plazos para autorizar la residencia temporal de los menores y la estancia de los monitores de origen saharauí, que se desplacen a España en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2015», a desarrollarse durante la época estival.



Segunda. Tramitación previa en España. 1. Para autorizar la residencia temporal de los menores de origen saharauí a la que se refiere la instrucción primera, las entidades o particulares que tengan previsto desplazar a dichos menores en el marco del Programa «Vacaciones en Paz 2015» deberán solicitar informe previo favorable al desplazamiento de cada menor del Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales competente por razón del territorio en el que vayan a permanecer. La solicitud deberá realizarse en el impreso de solicitud EX14 marcando en el apartado 5.1 Otros «Programa Vacaciones en Paz 2015». Se anexará un listado de los menores cuyo despla-

zamiento esté previsto en el que se haga mención expresa a la persona física o familia concreta con la que cada menor va a permanecer en España durante la vigencia del programa.

A estos efectos, el Delegado o Subdelegado del Gobierno podrá solicitar informe del órgano u órganos autonómicos competentes en materia de protección de menores, emitido a iniciativa de la entidad promotora del desplazamiento.

2. En todos los casos en que el menor vaya a ser acogido por una persona física o familia, la solicitud de informe irá acompañada de un escrito en el que ésta exprese su conocimiento de que la venida y permanencia del menor en el marco del programa no tiene por objeto la adopción ni el acogimiento permanente o preadoptivo del menor, así como su compromiso de favorecer el regreso del mismo a su lugar de procedencia.

El informe podrá ser desfavorable cuando la persona física o familia con la que vaya a permanecer el menor hubiera incumplido en alguna de las tres últimas ediciones del Programa su compromiso de favorecer el regreso del menor a su lugar de procedencia, salvo en casos de permanencias derivadas de la necesidad de recibir asistencia sanitaria especializada en España debidamente comunicadas a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente.

3. Asimismo, deberá quedar acreditado que ni la permanencia del menor ni su regreso al lugar de procedencia implicará coste alguno para el erario público, salvo que dicho coste haya sido asumido expresa y previamente por la autoridad competente.

4. El plazo para resolver el informe será de diez días y si es favorable implicará la concesión de una autorización de residencia temporal por un plazo de 91 días.

5. Transcurrido el plazo máximo para la emisión del informe, de no emitirse el mismo, se entenderá que su sentido es desfavorable.



Tercera. Tramitación del visado de residencia.1. Una vez emitido el informe favorable que se menciona en la instrucción segunda, los interesados o sus representantes debidamente acreditados deberán solicitar los correspondientes visados de residencia temporal en el Consulado General de España en Argel (República Argelina Democrática y Popular) en el plazo máximo de un mes a contar desde la recepción de dicho informe.

2. Los solicitantes deberán aportar pasaporte, que podrá ser colectivo, cuya vigencia comprenda el periodo de permanencia prevista en España y copia del informe previo favorable emitido por el Delegado o Subdelegado del Gobierno.

3. En la tramitación del visado de residencia temporal, el Consulado General de España en Argel deberá comprobar la existencia de autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela de los menores, así como que los menores son titulares de documentos de viaje válidos y con una vigencia que comprenda el periodo de tiempo que tengan previsto permanecer en España.

El documento por el cual quien ejerce la patria potestad o tutela del menor da su autorización expresa al desplazamiento de éste incluirá una declaración responsable en la que manifieste su conocimiento de que el desplazamiento no tiene por objeto ni sustituye los procedimientos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

4. Los visados de residencia temporal se tramitarán con carácter gratuito y deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince días, pudiendo ser expedidos con carácter colectivo si los interesados lo solicitan con un pasaporte colectivo.

5. En caso de ser expedidos, habilitarán a su titular para residir temporalmente en España por un periodo máximo de 91 días e incorporarán una mención expresa al Programa «Vacaciones en Paz 2015».

6. En atención a lo dispuesto en la Disposición adicional primera.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las autorizaciones de residencia temporal concedidas de acuerdo con las presentes Instrucciones, vinculadas de forma estricta al desarrollo del Programa «Vacaciones en Paz 2015», no podrán ser prorrogadas una vez finalizado el mismo.

7. Excepcionalmente, en el caso de que durante la vigencia de la autorización de residencia temporal concedida de acuerdo con lo previsto en la presente instrucción, un menor de origen saharauí haya comenzado a recibir asistencia sanitaria especializada para una enfermedad que la requiera y ésta sea de imposible continuación en su lugar de origen, se podrá prorrogar la autorización de residencia concedida por el tiempo necesario para finalizar dicha asistencia sanitaria.

A los efectos de acreditar la necesidad del tratamiento, y su eventual duración, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente en el que conste una previsión de su duración.

De acuerdo con lo establecido en el art. 4.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no será necesario que los menores desplazados a España al amparo de estas Instrucciones obtengan una Tarjeta de Identidad de Extranjero, salvo que, por razón del tratamiento médico mencionado en el apartado anterior, su permanencia en España supere un periodo de seis meses.

Cuarta. Tramitación del visado de estancia por parte de los monitores. 1. Los monitores que sean designados para acompañar a los menores que se desplacen a nuestro país, deberán tramitar un visado de estancia por tratarse de la prestación de un servicio de voluntariado, debiendo aportar pasaporte individual, cuya vigencia comprenda el periodo de permanencia prevista en España.

2. En el expediente de visado deberá quedar acreditado que los solicitantes disponen de recursos suficientes para cubrir su viaje, manutención y alojamiento durante la estancia. Se requerirá contar con un seguro público o un seguro privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España.

3. En la tramitación del visado, no será necesario requerir resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente sobre la autorización de estancia. El Consulado General de España en Argel deberá comprobar que el solicitante no tiene prohibida la entrada en el Espacio Schengen.

4. Los visados de estancia para los monitores se tramitarán con carácter gratuito y deberán ser resueltos en un plazo máximo de quince días. En caso de ser expedidos, habilitarán a su titular para permanecer en España por un periodo máximo de 91 días e incorporarán una mención expresa al Programa «Vacaciones en Paz 2015».

5. En atención a lo dispuesto en la disposición adicional primera.4 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las autorizaciones de estancia concedidas a los monitores de acuerdo con las presentes Instrucciones, vinculadas de forma estricta al desarrollo del Programa «Vacaciones en Paz 2015», no podrán ser prorrogadas una vez finalizado el mismo.

Quinta. Actuaciones tras la finalización del Programa «Vacaciones en Paz 2015». 1. Al término del Programa «Vacaciones en Paz 2015», las entidades o particulares que en su momento iniciaron el procedimiento para la venida de los menores deberán comunicar a la Delegación o Subdelegación del Gobierno que emitió el correspondiente informe los términos del regreso o de la excepcional permanencia de cada menor y de los motivos que la ocasionan en el plazo máximo de 15 días naturales.

2. Tan pronto como tenga conocimiento de la permanencia en España de un menor tras la finalización del Programa «Vacaciones en Paz 2015», la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente pondrá esta circunstancia en conocimiento inmediato de los servicios públicos de protección del menor competentes y del Ministerio Fiscal.

Sexta. Aplicación subsidiaria y supletoria. 1. En todo lo no previsto en las presentes Instrucciones será de aplicación la normativa española en materia de extranjería e inmigración y, en particular, la Ley

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y el Reglamento de la misma, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

2. En materia procedimental, será de aplicación subsidiaria, en todo lo no previsto en las presentes Instrucciones y en las normas citadas en el apartado anterior, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Séptima. Efectividad de las Instrucciones. De conformidad con los artículos 57 y 60 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las presentes Instrucciones surtirán efectos desde el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS



2015/17. Orden HAP/523/2015, de 25 de marzo, por la que se modifica la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática. BOE 27.3.2015.

La Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, (en adelante LIS) incorpora una serie de novedades que entraron en vigor a partir del 1 de enero de 2015 y son de aplicación para los períodos impositivos que se inicien a partir de esa fecha. En este sentido, se hace necesario adaptar a la normativa vigente los modelos de pagos fraccionados, con la doble finalidad de facilitar la presentación de su declaración a aquellas sociedades cuyo período impositivo se inicie a partir del 1 de enero de 2015, y de obtener, para el control de los ingresos públicos, información del efecto recaudatorio de nuevas medidas introducidas por la LIS relativas a la minoración o adición de la base imponible positiva asociada a la reserva de nivelación (para las entidades que cumplan las condiciones establecidas en el art. 101 de la LIS), al importe adicional en la deducción de gastos financieros y a la minoración de la base imponible por el remanente de reserva de capitalización no aplicada en caso de insuficiencia de base imponible.

En este sentido y de acuerdo con los apartados 1 y 2 del art. 25 de la LIS, la reducción en la base imponible de un determinado período impositivo relativa a la reserva de capitalización, se corresponde con el 10% del incremento de los fondos propios, para cuya determinación resulta imprescindible que se haya producido el cierre del ejercicio. Por lo tanto, la aplicación de la reserva de capitalización no puede tenerse en cuenta en la determinación de la base imponible aplicable a los pagos fraccionados, dado que el

período impositivo no habrá concluido y no habrá tenido lugar el cierre del ejercicio. Por ello, el importe de la misma solo se podrá determinar en la declaración del correspondiente período impositivo que, de acuerdo con el art. 124.1 de la LIS, se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los 6 meses posteriores a la conclusión del período impositivo.

No obstante, sí podrá figurar una reducción por la reserva de capitalización correspondiente a las cantidades pendientes de aplicación de la reducción de años anteriores, que de acuerdo con el apartado 1 del art. 25 de la LIS, se podrán aplicar en los 2 años inmediatos y sucesivos.

En esta orden se procede a modificar los modelos de pagos fraccionados y anexos informativos que, en su caso, deben presentarse con estos modelos y que se contienen, en relación con el modelo 222 en la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, modificada por la Orden HAP/2214/2013, de 20 de noviembre, y en relación con el modelo 202, en la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, a su vez modificada por la Orden HAP/2214/2013, de 20 de noviembre.

La LIS, establece en su art. 40.1, la obligación de los contribuyentes de este Impuesto de efectuar, en los primeros veinte días naturales de los meses de abril, octubre y diciembre, un pago fraccionado a cuenta de la liquidación correspondiente al período impositivo que esté en curso el día primero de cada uno de los meses indicados. Por su parte, el art. 23.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, dispone que los contribuyentes por este Impuesto que obtengan rentas mediante establecimiento permanente, quedarán obligados a efectuar pagos fraccionados a cuenta del mismo en los mismos términos que las entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades.



Por otra parte, en las letras g), l), m) y n) de la disposición transitoria trigésima cuarta de la LIS, se establece una serie de medidas temporales aplicables en el período impositivo 2015 y con efectos para los períodos impositivos que se inicien dentro del año 2015, que afectan al cálculo del pago fraccionado. Así se mantiene el límite a la compensación de bases imponibles negativas vigente en 2014, aclarando que para el cálculo del límite, no se tendrá en cuenta la reserva de capitalización regulada en el art. 25 de la LIS, calculándose por lo tanto de la misma manera que se venía haciendo en los pagos fraccionados anteriores a la creación de esta reserva de capitalización.

Se prorrogan también con carácter temporal, ciertas medidas para la determinación de los pagos fraccionados que se realicen en la modalidad prevista en el apartado 3 del art. 40 de la LIS. Este es el caso del ya comentado límite a la compensación de bases imponibles negativas, así como la fracción por la que se deberá de multiplicar el porcentaje al que se refiere este artículo para determinar la cuantía del pago fraccionado. No obstante, para fijar su importe, la norma ya no se remite al volumen de operaciones calculado conforme a lo dispuesto en el art. 121 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Valor Añadido, si no que ahora se atenderá únicamente al importe neto de la cifra de negocios.

Por otra parte, la LIS ha pasado a contener en su art. 40 los porcentajes a aplicar para determinar la cuantía de los pagos fraccionados, señalando que dichos porcentajes podrán ser modificados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, en que los porcentajes se establecían directamente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.



La disposición final única del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, habilita, por su parte, al Ministro de Economía y Hacienda, para aprobar el modelo de pago fraccionado y determinar el lugar y forma de presentación del mismo. Por su parte, el art. 8.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, establece que los establecimientos permanentes de contribuyentes de dicho Impuesto quedarán obligados a efectuar pagos fraccionados en los mismos supuestos y condiciones que los establecidos en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades.

Las habilitaciones al Ministro de Economía y Hacienda o al Ministro de Hacienda deben entenderse realizadas actualmente al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, conforme al Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

En su virtud dispongo:

Art. 1º. *Modificación de la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de conso-*

liquidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, se elimina el modelo 197 de declaración de las personas y Entidades que no hayan comunicado su número de identificación fiscal a los Notarios mediante la derogación del apartado cuarto y del anexo IV de la Orden de 27 de diciembre de 1990, y se modifica la Orden EHA/769/2010, de 18 de marzo, por la que se aprueba el modelo 349 de declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias, así como los diseños físicos y lógicos y el lugar, forma y plazo de presentación, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, y se modifica la Orden HAC/3625/2003, de 23 de diciembre, por la que se aprueba el modelo 309 de declaración-liquidación no periódica del Impuesto sobre el Valor Añadido, y otras normas tributarias. Se introducen las siguientes modificaciones en la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática:

Uno. Se añade un nuevo art. 6 que queda redactado de la siguiente forma:

«Art. 6. Pago de las deudas tributarias resultantes de las autoliquidaciones del modelo 222 mediante domiciliación bancaria.

1. Los sujetos pasivos, contribuyentes o las sociedades dominantes o entidades cabeceras de grupos, podrán utilizar como medio de pago de las deudas tributarias resultantes de la misma la domiciliación bancaria en la entidad de depósito que actúe como colaboradora en la gestión recaudatoria (banco, caja de ahorro o cooperativa de crédito), sita en territorio español en la que se encuentre abierta a su nombre la cuenta en la que se domicilia el pago.

2. La domiciliación bancaria a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse desde el día 1 hasta el 15 de los meses de abril, octubre y diciembre de cada año natural.

3. La Agencia Estatal de Administración Tributaria comunicará la orden u órdenes de domiciliación bancaria del sujeto pasivo, contribuyente o de la sociedad dominante o entidad cabecera de grupo a la Entidad colaboradora señalada, la cual procederá, en la fecha en que se le indique, que coincidirá con el último día de pago en periodo voluntario, a cargar en cuenta el importe domiciliado, ingresándolo en la cuenta restringida de colaboración en la recaudación de los tributos. Posteriormente, la citada entidad remitirá al contribuyente justificante del ingreso realizado, de acuerdo con las especificaciones recogidas en el apartado 2 del art. 3 de la Orden EHA/2027/2007, de 28 de junio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que servirá como documento acreditativo del ingreso efectuado en el Tesoro Público.

4. Las personas o entidades autorizadas a presentar por vía electrónica, declaraciones en representación de terceras personas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 79 a 81 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y en la Orden HAC/1398/2003, de 27 de mayo, por la que se establecen los supuestos y condiciones en que podrá hacerse efectiva la colaboración social en la gestión de los tributos, y se extiende ésta expresamente a la presentación electrónica de determinados modelos de declaración y otros documentos tributarios, podrán, por esta vía, dar traslado de las órdenes de domiciliación que previamente les hayan comunicado los terceros a los que representan.

5. En todo caso, los pagos se entenderán realizados en la fecha de cargo en cuenta de las domiciliaciones, considerándose justificante del ingreso realizado el que a tal efecto expida la entidad de depósito en los términos señalados en el apartado 3 anterior.»

Dos. Se sustituye el anexo I por el que figura como anexo I de la presente orden.

Artículo segundo. Modificación de la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifica la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo

222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

Se introducen las siguientes modificaciones en la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por la que se aprueba el modelo 202 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifica la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, por la que se aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades en régimen de consolidación fiscal estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática:

Uno. Se sustituye el apartado 3 del art. 1 de la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre, por el siguiente:

«3. La presentación del modelo 202 será obligatoria para aquellos contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios sea superior a 6 millones de euros durante los doce meses anteriores a la fecha en que se inicie el período impositivo al que corresponda el pago fraccionado.

Para el resto de entidades, en los supuestos en que, de acuerdo con las normas reguladoras de los pagos fraccionados a cuenta del Impuesto sobre Sociedades o del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, no deba efectuarse ingreso alguno en concepto de pago fraccionado de los citados impuestos en el período correspondiente, no será obligatoria la presentación del modelo 202.

En ningún caso estarán obligadas a la presentación del modelo las agrupaciones de interés económico españolas y uniones temporales de empresas acogidas al régimen especial del capítulo II del título VII de la Ley del Impuesto

sobre Sociedades, en las que el porcentaje de participación en las mismas, en su totalidad, corresponda a socios o miembros residentes en territorio español.»



Dos. Se sustituye el anexo II por el que figura como anexo II de la presente orden.

Disposición final única. Entrada en vigor.

La presente orden será de aplicación para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2015 y entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto la parte 2 del anexo 1 y la parte 2 del anexo 2, que entrarán en vigor el 1 de octubre de 2015.

No obstante, los contribuyentes cuyo primer período impositivo que se inicie a partir del 1 de enero de 2015 no se haya iniciado en el momento de presentar el pago fraccionado, deberán de utilizar el anexo 1 de la Orden EHA/1721/2011, de 16 de junio, y el anexo 2 de la Orden HAP/2055/2012, de 28 de septiembre.

2015/18. Orden HAP/1067/2015, de 5 de junio, por la que se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación electrónica. BOE 8.6.2015.

La aprobación de las distintas disposiciones normativas que se señalan en los párrafos siguientes introduce modificaciones que afectan a la declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, de los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2014, por lo que resulta necesario aprobar nuevos modelos de declaración. En este sentido, y abordando la normativa aprobada, merecen especial mención las disposiciones que a continuación se indican.

La Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras, que con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014, modifica la regulación de la bonificación por rentas obtenidas en Ceuta y Melilla, y establece la vigencia indefinida de la deducción por inversiones en producciones cinematográficas y series audiovisuales, y amplía la base de esta deducción, incluyendo las copias y los gastos de publicidad que corran a cargo del productor.

También, la Ley 16/2013, con efectos para los períodos impositivos que se inicien en el año 2014, modifica la disposición transitoria trigésimo séptima del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLIS), que acompañó a la eliminación de la libertad de amortización regulada en la disposición adicional undécima del TRLIS, recogiendo una limitación temporal en la base imponible respecto de las cantidades pendientes de aplicar, para extender tal limitación al ejercicio 2014.

Asimismo, extiende a 2014 la limitación a la compensación de bases imponibles negativas generadas en ejercicios anteriores para determinados sujetos pasivos; la limitación a la deducción de la diferencia a que se refiere el apartado 5 del art. 12 del TRLIS; la limitación de la deducción correspondiente del fondo de comercio, tanto generado en adquisiciones de negocios como en operaciones de reestructuración empresarial; la reducción de los límites sobre cuota máximos para la aplicación de deducciones para incentivar la realización de determinadas actividades incluyéndose en el citado límite la deducción por reinversión de beneficios extraordinarios; y la limitación de la deducción de los activos intangibles de vida útil indefinida.

El Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de supervisión y solvencia de entidades financieras, en su disposición final segunda, añade con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014 una disposición adicional vigésima segunda en el TRLIS.

En esta disposición adicional vigésima segunda, se regula la conversión de activos por impuesto diferido correspondiente a determinadas dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el sujeto pasivo y a determinadas dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social, en crédito frente a la Administración tributaria.

La Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, recoge en su art. 49 el régimen fiscal de las fundaciones bancarias, estableciendo que tributarán en régimen general del Impuesto sobre Sociedades y no les resultará de aplicación el régimen fiscal especial previsto en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

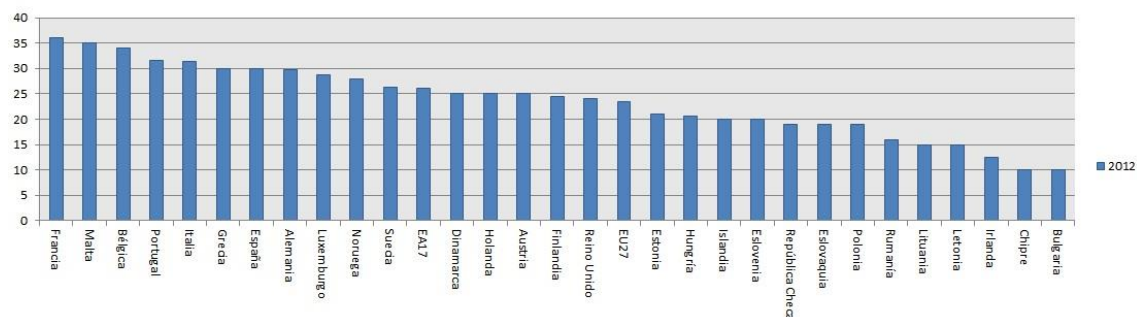
Asimismo, destaca el hecho de que en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, se recoge la prórroga de un gran número de medidas que se encontraban vigentes a 31 de diciembre de 2013. Éste es el caso de la aplicación del tipo reducido de gravamen del que disfrutaban las microempresas cuando mantienen o crean empleo, y del tratamiento que se confiere a los gastos e inversiones para habitar a los empleados en la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información.

Por otra parte, se enumeran las actividades que se considerarán prioritarias de mecenazgo durante el año 2014, de acuerdo con lo establecido en el art. 22 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, así como los eventos que tendrán la consideración de acontecimientos de excepcional interés público a los efectos de lo dispuesto en el art. 27 de la mencionada Ley 49/2002.

La Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, en su disposición final quinta modifica el TRLIS, con la finalidad de dar cumplimiento a la Decisión de la Comisión Europea de 17 de julio de 2013, relativa al régimen fiscal aplicable a determinados acuerdos de arrendamiento financiero.

De acuerdo con lo establecido en la citada Decisión de la Comisión Europea, en relación con las autorizaciones administrativas concedidas entre el 30 de abril de 2007 y el 29 de junio de 2011, tanto lo dispuesto en el apartado 11 del art. 115 del TRLIS según la redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, como el régimen fiscal especial de entidades navieras en función del tonelaje, a favor de agrupaciones de interés económico, reguladas por la Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico, no resultará de aplicación en la medida en que constituya ayuda de Estado incompatible en los términos previstos por la referida Decisión.

Comparativa Impuesto sobre sociedades 2012 UE



La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, modifica el art. 15.1, 15.2 y 15.3 del TRLIS, estableciendo la ausencia de tributación en los supuestos de capitalización de deudas, salvo que la misma hubiera sido objeto de una adquisición derivativa por el acreedor, por un valor distinto al nominal de la misma. Así, se recoge expresamente en la ley un criterio que ya había sido admitido por la doctrina administrativa para determinados supuestos de capitalización de deudas entre entidades vinculadas.

También se añade un nuevo apartado 14 al art. 19 del TRLIS, para dar a las rentas derivadas de quitas y esperas un tratamiento fiscal que tenga en cuenta que ambas operaciones no incrementan la capacidad fiscal de las entidades. De esta forma, se establece un sistema de imputación del ingreso generado en la base imponible, en función de los gastos financieros que posteriormente se vayan registrando.

Destaca la aprobación del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador (en adelante Real Decreto 475/2014), ya que recupera el incentivo no tributario de la bonificación en la cotización a la Seguridad Social respecto del personal investigador. Así, desarrolla el régimen normativo de las nuevas bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social, regulando el objeto, ámbito de aplicación, exclusiones y demás cuestiones, destacando entre otras, los términos en que se establece la compatibilidad de las bonificaciones con las deducciones fiscales por investigación, desarrollo e innovación (en adelante I+D+i) del art. 35 del TRLIS.

La adopción de este incentivo, que será compatible con la deducción en las cuotas tributarias del Impuesto sobre Sociedades, únicamente para las entidades que tengan la consideración de pequeñas y medianas empresas y siempre que se den los requisitos establecidos en el art. 6 de este Real Decreto, justifica, la necesidad de cumplimentar el anexo informativo que aprueba esta Orden ministerial. De este modo, el art. 8 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador (en adelante Real Decreto 475/2014), establece que las entidades o empresas que apliquen bonificaciones a la Seguridad Social y la deducción prevista en el art. 35 del TRLIS, deberán además aportar ante la Agencia Estatal de Administración Tributaria una Memoria anual de actividades y proyectos ejecutados e investigadores afectados por la bonificación, al presentar la declaración del Impuesto sobre Sociedades. En este sentido, constituye desde el punto de vista de la gestión del impuesto, la novedad más importante que incorpora esta Orden ministerial.

Por su parte merece especial mención la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante LIS). Así, en su disposición final sexta, se modifica el TRLIS, y, en particular, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2014, se modifica el apartado 13 del art. 19 del TRLIS, relativo a la integración en la base imponible de las dotaciones por deterioro de los créditos u otros activos derivadas de las posibles insolvencias de los deudores no vinculados con el sujeto pasivo, siempre que no les resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 12.2.a) del TRLIS, así como los derivados de la aplicación de los artículos 13.1.b) y 14.1.f) del TRLIS, correspondientes a dotaciones o aportaciones a sistemas de previsión social y, en su caso, prejubilación, que hayan generado activos por impuesto diferido, para introducir determinados límites en dicha integración.

La disposición final única del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, (en adelante Reglamento del Impuesto sobre Sociedades) habilita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, entre otras autorizaciones, para:

- a) Aprobar el modelo de declaración por el Impuesto sobre Sociedades y determinar los lugares y forma de presentación del mismo.
- b) Aprobar la utilización de modalidades simplificadas o especiales de declaración, incluyendo la declaración consolidada de los grupos de sociedades.
- c) Establecer los supuestos en que habrán de presentarse las declaraciones por este Impuesto en soporte directamente legible por ordenador o por medios telemáticos.
- d) Establecer los documentos o justificantes que deben acompañar a la declaración.
- e) Aprobar el modelo de pago fraccionado y determinar el lugar y la forma de la presentación del mismo.
- f) Aprobar el modelo de información que deben rendir las agrupaciones de interés económico y las uniones temporales de empresas.
- g) Ampliar, atendiendo a razones fundadas de carácter técnico, el plazo de presentación de las declaraciones tributarias establecidas en la Ley del Impuesto y en su Reglamento cuando esta presentación se efectúe por vía telemática.

El art. 21 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, habilita al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para determinar la forma y el lugar en que los establecimientos permanentes deben presentar la correspondiente declaración, así como la documentación que deben acompañar a ésta. La disposición final segunda de este mismo texto refundido habilita al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para aprobar los modelos de declaración de este Impuesto, para establecer la forma, lugar y plazos para su presentación, así como para establecer los supuestos y condiciones de presentación de los mismos por medios electrónicos.

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en el apartado 4 de su art. 98 habilita al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas para que determine los supuestos y condiciones en los que los obligados tributarios deberán presentar por medios telemáticos sus declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones, solicitudes y cualquier otro documento con trascendencia tributaria.

Por otra parte, el art. 92 de la Ley General Tributaria habilita a la Administración Tributaria para señalar los requisitos y condiciones para que la colaboración social se realice mediante la utilización de técnicas y medios electrónicos, telemáticos e informáticos.

En su virtud, dispongo:

Art. 1. Aprobación de los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español). 1. Se aprueban los modelos de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español) y sus documentos de ingreso o devolución, para los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2014, consistentes en:

a) Declaraciones del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español):

1.º Modelo 200: Declaración del Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español), que figura en el anexo I de la presente Orden.

2.º Modelo 220: Declaración del Impuesto sobre Sociedades-Régimen de consolidación fiscal correspondiente a los grupos fiscales, que figura en el anexo II de la presente Orden.

b) Documentos de ingreso o devolución:

1.º Modelo 200: Documento de ingreso o devolución del Impuesto sobre Sociedades, que figura en el anexo I de esta Orden. El número de justificante que habrá de figurar en dicho modelo será un número secuencial cuyos tres primeros dígitos se corresponderán con el código 200.

2.º Modelo 206: Documento de ingreso o devolución del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español), que figura en el anexo I de esta Orden. El número de justificante que habrá de figurar en dicho modelo será un número secuencial cuyos tres primeros dígitos se corresponderán con el código 206.

3.º Modelo 220: Documento de ingreso o devolución del Impuesto sobre Sociedades-Régimen de consolidación fiscal, que figura en el anexo II de esta Orden. El número de justificante que habrá de figurar en dicho modelo será un número secuencial cuyos tres primeros dígitos se corresponderán con el código 220.

2. El modelo 200, que figura como anexo I de la presente Orden, es aplicable, con carácter general, a todos los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y a todos los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español) obligados a presentar y suscribir la declaración por cualquiera de estos impuestos.

3. El modelo 220, que figura como anexo II de la presente Orden, es aplicable a los grupos fiscales, incluidos los de cooperativas, que tributen por el régimen fiscal especial establecido en el capítulo VII del título VII del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (en adelante TRLIS) y en el Real Decreto 1345/1992, de 6 de noviembre, por el que se dictan normas para la adaptación de las disposiciones que regulan la tributación sobre el beneficio consolidado a los grupos de sociedades de cooperativas respectivamente.

Art. 2. Forma de presentación de los modelos 200 y 220 de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español).

1. Las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español), correspondientes a los modelos 200, 220, así como los correspondientes documentos de ingreso o devolución, se presentarán, de acuerdo con lo previsto en el apartado a) del art. 2 de la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria, con las especialidades establecidas en los apartados siguientes de este artículo.

2. La declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español), modelo 200, se presentará con arreglo al modelo aprobado en el artículo anterior de la presente Orden, suscrito por el declarante o por el representante legal o representantes lega-

les del mismo y debidamente cumplimentados todos los datos que le afecten de los recogidos en el modelo.

3. Los declarantes obligados a llevar su contabilidad de acuerdo con las normas establecidas por el Banco de España cumplimentarán los datos relativos al balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de cambios en el patrimonio neto que, en el modelo 200, se incorporan para estos declarantes, en sustitución de los que se incluyen con carácter general.

Asimismo, los declarantes a los que sea de aplicación obligatoria el Plan de Contabilidad de las entidades aseguradoras aprobado por el Real Decreto 1317/2008, de 24 de julio, cumplimentarán los datos relativos al balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de cambios en el patrimonio neto que, en el modelo 200, se incorporan para estos declarantes, en sustitución de los que se incluyen con carácter general.

En relación con las instituciones de inversión colectiva, tanto financieras como inmobiliarias, se atenderá a lo previsto en la Circular 3/2008, de 11 de septiembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva. Por consiguiente, estas instituciones también cumplimentarán los datos relativos al balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de cambios en el patrimonio neto, en un apartado específico en sustitución de los que se incluyen con carácter general.

Los declarantes obligados a llevar su contabilidad conforme a la Orden EHA/1327/2009, de 26 de mayo, sobre normas especiales para la elaboración, documentación y presentación de la información contable de las sociedades de garantía recíproca, cumplimentarán los datos relativos al balance, cuenta de pérdidas y ganancias y estado de cambios en el patrimonio neto que, en el modelo 200 se incorpora para estos declarantes, en sustitución de los que se incluyen con carácter general.

4. La presentación de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades correspondientes a los grupos fiscales, incluidos los de cooperativas, que tributen por el régimen de consolidación fiscal establecido en el capítulo VII del título VII del TRLIS y en el Real Decreto 1345/1992, de 6 de noviembre, respectivamente, modelo 220, se efectuará de acuerdo a lo indicado en el apartado 1 del presente art. 2.

Las declaraciones que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 65 del TRLIS, vienen obligadas a formular cada una de las sociedades integrantes del grupo, incluso la sociedad dominante o entidad cabecera de grupo, se formularán en el modelo 200, que será cumplimentado en todos sus extremos, hasta cifrar los importes líquidos teóricos que en régimen de tributación individual habrían de ser ingresados o percibidos por las respectivas entidades, teniendo en cuenta que el límite del ajuste al resultado contable por gastos financieros procede del grupo y no del límite individual de la entidad. Dichas declaraciones se presentarán de acuerdo a lo indicado en el apartado 1 del presente art. 2. Los certificados electrónicos reconocidos deberán emitirse de acuerdo a las condiciones que establece la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica. Asimismo, cuando en la liquidación contenida en dichas declaraciones resulte una base imponible negativa o igual a cero, se deberán consignar, no obstante, en los modelos 200 todos los datos relativos a bonificaciones y deducciones.

En el caso anterior, las sociedades dominantes o entidades cabeceras de grupos deberán hacer constar, en el apartado correspondiente del modelo 220, el código seguro de verificación de cada una de las declaraciones individuales de las sociedades integrantes del mismo, incluida la declaración de la sociedad dominante o entidad cabecera de grupo, a que se refiere el párrafo anterior.



5. El sujeto pasivo o contribuyente deberá presentar por vía electrónica a través de la sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (dirección electrónica <https://www.agenciatributaria.gob.es>), los siguientes documentos debidamente cumplimentados:

a) Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades que incluyan en la base imponible determinadas rentas positivas obtenidas por entidades no residentes según lo dispuesto en el art. 107 del TRLIS, deberán presentar, además, los siguientes datos relativos a cada una de las entidades no residentes en territorio español:

1.º Balance y cuenta de pérdidas y ganancias.

2.º Justificación de los impuestos satisfechos respecto de la renta positiva que deba ser incluida en la base imponible.

b) Los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español) incluirán, en su caso, la Memoria informativa a que se refiere la letra b) del apartado 1 del art. 18 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, (en adelante texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes).

c) Los sujetos pasivos o contribuyentes a quienes les haya sido aprobada una propuesta para la valoración previa de operaciones efectuadas entre personas o entidades vinculadas, el informe a que hace referencia el art. 29 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio.

d) Los sujetos pasivos a los que les resulte de aplicación lo establecido, bien en el art. 15 o bien en el art. 45, ambos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, presentarán la información prevista en dichos artículos.

e) Comunicación de la materialización de inversiones anticipadas y de su sistema de financiación, realizadas con cargo a dotaciones futuras a la reserva para inversiones en Canarias, conforme dispone el apartado 11 del art. 27 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

6. Cuando se haya consignado en la declaración una corrección al resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias, como disminución, por importe igual o superior a 50.000 euros en el apartado correspondiente a «otras correcciones al resultado de la cuenta de pérdidas y ganancias» (casilla 414 de la página 13 del modelo de declaración), el contribuyente, previamente a la presentación de la declaración, deberá describir la naturaleza del ajuste realizado a través del formulario que figura como anexo III a la presente Orden.

7. Asimismo, previamente a la presentación de la declaración, se solicitará información adicional a través del formulario que figura como anexo III de la presente orden, cuando el importe de la deducción generada en el ejercicio (con independencia de que se aplique o quede pendiente para ejercicios futuros), sea igual o superior a 50.000 euros en las siguientes deducciones:

a) Deducción por reinversión de beneficios extraordinarios (art. 42 del TRLIS correspondiente a la casilla 710 de la página 16 del modelo de declaración): se deberán identificar los bienes transmitidos y los bienes en los que se materializa la inversión.

b) Deducción por inversiones medioambientales (art. 39 del TRLIS correspondiente a la casilla 792 de la página 17 del modelo de declaración): se deberán identificar las inversiones realizadas.

c) Deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica (art. 35 del TRLIS correspondiente a la casilla 798 y 096 de la página 17 del modelo de declaración): se deberán identificar las inversiones y gastos que originan el derecho a la deducción.

8. Para la presentación de los modelos de declaración, las pequeñas y medianas empresas, en los supuestos en que además del régimen de deducción por actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica establecida en el art. 35 del TRLIS, hayan podido aplicar la bonificación en la cotización a la Seguridad Social, deberán cumplimentar el formulario aprobado en el anexo IV de esta Orden ministerial.

De acuerdo con el art. 8 del Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador, en estos casos se debe presentar una Memoria anual de actividades y proyectos ejecutados e investigadores afectados por la bonificación.

La Memoria anual de actividades y proyectos ejecutados, se recogerá en el anexo IV, donde deberá identificarse el proyecto o actividad, la fecha de inicio y de finalización de éstos, el importe total de los mismos, así como el que corresponda con las cotizaciones bonificadas y con el importe de deducciones en el Impuesto sobre Sociedades.



La Memoria anual de investigadores, se recogerá asimismo en el anexo IV de esta Orden ministerial, donde se deberá identificar el proyecto o actividad, los nombres y apellidos de los investigadores, así como los números de identificación fiscal, de afiliación a la Seguridad Social y los importes de cotizaciones bonificadas y deducciones en el Impuesto sobre Sociedades.

9. Para la presentación de los modelos de declaración en los supuestos en que, de acuerdo con lo dispuesto en el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, o en el Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, aprobado por la Ley 28/1990, de 26 de diciembre, el declarante se encuentre sometido a la normativa del Estado o el grupo fiscal se encuentre sujeto al régimen de consolidación fiscal correspondiente a la Administración del Estado y deban tributar conjuntamente a ambas Administraciones, estatal y foral, se seguirán las siguientes reglas:

a) Para la declaración a presentar ante la Administración del Estado la forma y lugar de presentación serán los que correspondan, según el modelo de que se trate, de los que se regulan en la presente Orden. Para la declaración a presentar ante las Diputaciones Forales del País Vasco o ante la Comunidad Foral de Navarra, la forma y lugar serán los que correspondan de acuerdo con la normativa foral correspondiente, debiéndose efectuar, ante cada una de dichas Administraciones, el ingreso o solicitar la devolución que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 18 y 20 del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco y los artículos 22 y 27 del Convenio entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, proceda, utilizando los documentos de ingreso y devolución aprobados por la normativa foral, sin perjuicio de que, en su caso, se puedan presentar los modelos de declaración aprobados en el art. 1.1.a) de la presente Orden.

b) En el caso de los grupos fiscales, las sociedades integrantes del grupo presentarán, a su vez, las declaraciones en régimen de tributación individual, modelo 200, a que se refiere el art. 2.5 de la presente Orden ante cada una de dichas Administraciones tributarias, estatal o foral, de acuerdo con sus normas de procedimiento.

Art. 3. Pago de las deudas tributarias resultantes de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia

en territorio español, modelos 200 y 220, mediante domiciliación bancaria. 1. Los sujetos pasivos, contribuyentes o las sociedades dominantes o entidades cabeceras de grupos cuyo período impositivo haya finalizado el 31 de diciembre de 2014, podrán utilizar como medio de pago de las deudas tributarias resultantes de la misma la domiciliación bancaria en la entidad de depósito que actúe como colaboradora en la gestión recaudatoria (banco, caja de ahorro o cooperativa de crédito), sita en territorio español en la que se encuentre abierta a su nombre la cuenta en la que se domicilia el pago.

2. La domiciliación bancaria a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse desde el día 1 de julio hasta el 20 de julio de 2015, ambos inclusive.

3. La Agencia Estatal de Administración Tributaria comunicará la orden u órdenes de domiciliación bancaria del sujeto pasivo, contribuyente o de la sociedad dominante o entidad cabecera de grupo a la Entidad colaboradora señalada, la cual procederá, en la fecha en que se le indique, que coincidirá con el último día de pago en periodo voluntario, a cargar en cuenta el importe domiciliado, ingresándolo en la cuenta restringida de colaboración en la recaudación de los tributos. Posteriormente, la citada entidad remitirá al contribuyente justificante del ingreso realizado, de acuerdo con las especificaciones recogidas en el apartado 2 del art. 3 de la Orden EHA/2027/2007, de 28 de junio, por la que se desarrolla parcialmente el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, en relación con las entidades de crédito que prestan el servicio de colaboración en la gestión recaudatoria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que servirá como documento acreditativo del ingreso efectuado en el Tesoro Público.

4. Las personas o entidades autorizadas a presentar por vía electrónica, declaraciones en representación de terceras personas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 79 a 81 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, y en la Orden HAC/1398/2003, de 27 de mayo, por la que se establecen los supuestos y condiciones en que podrá hacerse efectiva la colaboración social en la gestión de los tributos, y se extiende ésta expresamente a la presentación electrónica de determinados modelos de declaración y otros documentos tributarios, podrán, por esta vía, dar traslado de las órdenes de domiciliación que previamente les hayan comunicado los terceros a los que representan.

5. En todo caso, los pagos se entenderán realizados en la fecha de cargo en cuenta de las domiciliaciones, considerándose justificante del ingreso realizado el que a tal efecto expida la entidad de depósito en los términos señalados en el apartado 3 anterior.

Art. 4. Condiciones para la presentación electrónica de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español. 1. Los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes deberán presentar por medios electrónicos la declaración correspondiente a este Impuesto, con sujeción a las condiciones establecidas en el art. 6 de la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria.

2. No obstante, las declaraciones que se deban presentar ante la Administración del Estado por contribuyentes sometidos a la normativa foral podrán utilizar o bien los modelos 200 y 220 aprobados en la presente Orden efectuando su presentación por vía electrónica, o bien el modelo aprobado por la normativa foral correspondiente. En caso de presentar el modelo aprobado por la normativa foral, deberán utilizarse los documentos de ingreso o devolución que se aprueban en los anexos I y II de la presente Orden que podrán obtenerse en la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la que se puede acceder a través del portal de la Agencia Tributaria en Internet (www.agenciatributaria.es) o bien directamente en <https://www.agenciatributaria.gob.es>.

Para la obtención de las declaraciones que deban presentarse ante las Diputaciones Forales del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, mencionadas en el art. 2.9 de esta Orden, los sujetos pasivos o contribuyentes podrán conectarse a la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Internet, dirección electrónica <https://www.agenciatributaria.gob.es> y, dentro del apartado «mis expedientes», seleccionar la declaración presentada ante la Administración del Estado e imprimir un ejemplar de la misma, para su presentación ante las Diputaciones Forales del País Vasco y ante la Comunidad

Foral de Navarra, utilizando como documento de ingreso o devolución el que corresponda de los aprobados por las Diputaciones Forales del País Vasco y por la Comunidad Foral de Navarra.

Art. 5. Procedimiento para la presentación electrónica de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español. 1. La presentación electrónica por Internet de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, se efectuarán de acuerdo con lo establecido en los artículos 7 a 11, ambos inclusive, de la Orden HAP/2194/2013, de 22 de noviembre, por la que se regulan los procedimientos y las condiciones generales para la presentación de determinadas autoliquidaciones y declaraciones informativas de naturaleza tributaria.

2. Al presentar la declaración por vía electrónica por Internet, los contribuyentes deberán, en su caso, acompañar a la misma bien la información adicional que con carácter previo se exige en los apartados 6, 7 y 8 del art. 2 de esta Orden o bien la comunicación señalada en la letra e) del apartado 6 del art. 2 de esta Orden, haciendo uso de los formularios específicos que se han definido para ello, y que el contribuyente deberá presentar por vía electrónica con anterioridad a la presentación de la declaración. Para ello, deberá conectarse a la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Internet (<https://www.agenciatributaria.gob.es>) y, dentro de la opción de Impuestos y Tasas, a través de Procedimientos, Servicios y Trámites (Información y Registro), seleccionará el concepto fiscal oportuno y los trámites correspondientes del procedimiento asignado a los modelos 200 y 206.

3. Cuando, habiéndose presentado la declaración por vía electrónica, los contribuyentes deban acompañar a la misma cualquier documentación, solicitudes o manifestaciones de opciones no contempladas expresamente en el propio modelo de declaración, en particular los señalados en las letras a), b), c) y d) del apartado 5 del art. 2 de esta Orden, y en aquellos casos en los que habiendo presentado la declaración por la citada vía, la declaración resulte a devolver y se solicite la devolución mediante cheque del Banco de España, dichos documentos, solicitudes o manifestaciones se presentarán en el registro electrónico de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para lo cual el declarante o presentador deberá conectarse a la Sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Internet, dirección electrónica <https://www.agenciatributaria.gob.es> y, dentro de la opción de Impuestos y Tasas, a través de Procedimientos, Servicios y Trámites (Información y Registro), seleccionar el concepto fiscal oportuno y el trámite de aportación de documentación complementaria que corresponda según el procedimiento asignado a los modelos.

4. No obstante lo anterior, los sujetos pasivos o las sociedades dominantes o entidades cabeceras de grupos que se encuentren acogidos al sistema de cuenta corriente en materia tributaria deberán tener en cuenta el procedimiento establecido en la Orden de 22 de diciembre de 1999, por la que se establece el procedimiento para la presentación electrónica de las declaraciones-liquidaciones que generen deudas o créditos que deban anotarse en la cuenta corriente en materia tributaria.

Art. 6. Plazo de presentación de los modelos 200 y 220 de declaración del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español).

1. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 136 del TRLIS, el modelo 200 de declaración del Impuesto sobre Sociedades aprobado en el art. 1 de la presente Orden, se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo.

Los sujetos pasivos cuyo plazo de declaración se hubiera iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Orden, conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, deberán presentar la declaración dentro de los 25 días naturales siguientes a la entrada en vigor de esta misma Orden, salvo que hubieran optado por presentar la declaración utilizando los modelos contenidos en la Orden HAP/865/2014, de 23 de mayo, que aprobó los aplicables a los períodos impositivos iniciados entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2013 en cuyo caso el plazo de presentación será el señalado en el párrafo anterior.

2. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 38 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, el modelo 206 de declaración del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes y entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el ex-

tranjero con presencia en territorio español), se presentará en el plazo de los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo.

No obstante lo anterior, cuando de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del art. 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, se entienda concluido el período impositivo por el cese en la actividad de un establecimiento permanente o, de otro modo, se realice la desafectación de la inversión en su día efectuada respecto del establecimiento permanente, así como en los supuestos en que se produzca la transmisión del establecimiento permanente a otra persona física o entidad, aquellos en que la casa central traslade su residencia, y cuando fallezca el titular del establecimiento permanente, la presentación de la declaración deberá realizarse en los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, atendiendo al trimestre en que se produzca alguna de las circunstancias anteriormente mencionadas que motivan la conclusión anticipada del período impositivo, siendo el mencionado plazo independiente del resultado de la autoliquidación a presentar.

Asimismo, las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, en el caso de que cesen en su actividad, deberán de presentar la declaración en los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre o enero, atendiendo al trimestre en el que se produzca el cese.

Los contribuyentes a que se refiere este apartado, cuyo plazo de declaración se hubiera iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Orden, deberán presentar la declaración dentro de los veinticinco días naturales siguientes a dicha fecha, salvo que hubieran optado por presentar la declaración utilizando los modelos y de acuerdo con el procedimiento contenido en la Orden HAP/865/2014, de 23 de mayo, anteriormente citada, en cuyo caso el plazo de presentación será en los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre o enero, atendiendo al trimestre en el que se produzca cualquiera de los supuestos mencionados anteriormente.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 82 del TRLIS, el modelo 220 de declaración aprobado en el art. 1 de la presente Orden, se presentará dentro del plazo correspondiente a la declaración en régimen de tributación individual de la sociedad dominante o entidad cabecera de grupo.

Disposición final única. Entrada en vigor. La presente Orden entrará en vigor el día 1 de julio de 2015.

