



## Doctrina

La posición jurídica de los extranjeros

8



## Jurisprudencia

Indemnización por daños derivados de inseminación artificial

14

## sumario

- **Tribuna**

La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública  
**Alberto DORREGO DE CARLOS y Andrés JIMÉNEZ DÍAZ** 1
- **Doctrina**

La posición jurídica de los extranjeros a la luz del texto constitucional, de la nueva Ley 2/2009 y de la normativa de desarrollo  
**Rosana PÉREZ GURREA** 8
- **Jurisprudencia**

Caso «Mari Luz»: confirmación de la multa impuesta al magistrado 13

Absolución de acusada de colaboración con organización terrorista: 13

«Mobbing subjetivo» que no justifica la extinción del contrato por voluntad del trabajador 14

Cuantiosa indemnización por daños y perjuicios derivados de inseminación artificial 14
- **Rincón de Lectura**

La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo 16

## TRIBUNA

LA LEY 12189/2010

# La nueva regulación de la morosidad de la Administración pública: criterios prácticos de aplicación del régimen transitorio de la Ley 15/2010

Alberto DORREGO DE CARLOS  
 Andrés JIMÉNEZ DÍAZ  
 Abogados

*Tras una larga y azarosa tramitación parlamentaria, impulsada en buena medida desde el sector privado, la esperada reforma de la regulación legal de las obligaciones contractuales de las Administraciones públicas que articule instrumentos sustantivos y procesales adecuados para asegurar el pago sobre la base de un principio real de seguridad jurídica se ha materializado en la reciente L 15/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la L 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en cuyo análisis, particularmente en lo que concierne al pago de los contratos del sector público, de centra el presente comentario.*

muy graves para su propia supervivencia en el actual escenario de *credit crunch*. Introduce ineficientes sobrecostes sobre los bienes y servicios adquiridos por el sector público y, en suma, amplifica dramáticamente en el conjunto del sistema productivo nacional los efectos de la recesión económica en la que nos encontramos.

La morosidad pública se proyecta globalmente —casi sin excepciones— sobre los diferentes escalones territoriales y ámbitos funcionales de la Administración, si bien presenta perfiles particularmente intensos en las Comunidades Autónomas y, sobre todo, en las Entidades Locales.

Las cifras estimativas que se ofrecen sobre esta *lacra económica* desde los principales sectores afectados (infraestructuras, sector sanitario, TIC y grandes servicios públicos) y desde las principales organizaciones empresariales intersectoriales (CEOE y CEPYME) resultan suficientemente elocuentes. Los estudios más solventes recientemente publicados sobre la materia indican que la deuda global en situación de mora del conjunto de las Administraciones públicas españolas supera largamente los 40.000 millones de euros. Tan solo en el sector sanitario, por citar un ejemplo ilustrativo, las Comunidades Autónomas acumulan una deuda con sus proveedores de aproximadamente 3.000 millones de euros en material y 2.700 millones en suministros farmacéuticos, según estima la principal organización patronal del sector. Los plazos medios de pago superan en este ámbito los doscientos ochenta días y, lo que es más preocupante, el retraso ha aumentado un 34%

## I. INTRODUCCIÓN

La morosidad del sector público en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales constituye un mal endémico de nuestra economía y uno de los factores que más negativamente inciden sobre la competitividad de las empresas, especialmente de aquellas que tienen una dimensión más reducida. El retraso de la Administración en los pagos aumenta innecesariamente las necesidades operativas de financiación de sus empresas proveedoras con consecuencias



**Tribunal Supremo**

**la sentencia del día**

*Legalidad de la Ordenanza municipal tipo que regula los locales públicos de Cataluña donde se ejerce la prostitución*

Ponente: Lesmes Serrano, Carlos. 6

en tan solo un año, superando en algunas Comunidades Autónomas los quinientos días de promedio. Con carácter general, el plazo medio de pago en el conjunto de las Administraciones públicas españolas se sitúa actualmente en torno a ciento sesenta días, muy por encima del establecido en la *L 30/2007, de Contratos del Sector Público*, ya en su redacción vigente antes de la reciente reforma legal, y a inmensa distancia de la media de los Estados miembros de la zona-euro de la Unión Europea.

**Son muy numerosas las voces que vienen reclamando una profunda reforma de la regulación legal de las obligaciones contractuales de las Administraciones públicas que articule instrumentos sustantivos y procesales adecuados para asegurar el pago sobre la base de un principio real de seguridad jurídica**

La situación descrita resulta altamente preocupante desde el punto de vista económico y son muy numerosas las voces, singularmente desde las organizaciones empresariales, que en los últimos años han venido reclamando con insistencia una profunda reforma de la regulación legal de las obligaciones contractuales de las Administraciones públicas que articule instrumentos sustantivos y procesales adecuados para asegurar el pago sobre la base de un principio real de seguridad jurídica.

Tras una larga y azarosa tramitación parlamentaria, impulsada en buena medida desde el sector privado, la esperada reforma legal se ha materializado en la reciente *L 15/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la L 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, en cuyo análisis, particularmente en lo que concierne al pago de los contratos del sector público, de centra el presente comentario.

## II. PRECEDENTES LEGISLATIVOS: EL IMPULSO DE LA UNIÓN EUROPEA

En todo lo concerniente a la morosidad administrativa concurre un indiscutible componente cultural, estrechamente vinculado a la forma de concebir las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, que no puede ser ignorado. Nos encontramos ante un problema históricamente presente en el sector público español, con hondas y complejas raíces, cuya solución, más allá de los instrumentos técnico-pro-

cesales objeto de nuestro análisis, exige una profunda transformación de la gestión financiero-presupuestaria de las Administraciones públicas introduciendo criterios rigurosos y procedimientos de verificación profesionales en la asunción de obligaciones contractuales y en la estructuración del pago de las mismas.

No es exacto en absoluto afirmar que las Administraciones públicas españolas incurran en retrasos en el cumplimiento del conjunto de sus obligaciones financieras. Antes al contrario, las Administraciones públicas, prácticamente sin ninguna excepción, atienden con exquisito rigor, articulando para ello las fórmulas financieras necesarias, los compromisos de pago derivados del Capítulo I de sus Presupuestos (la remuneración de los empleados públicos) así el pago de subsidios y pensiones, lo que representa la mayor parte de sus obligaciones presupuestarias. Tal práctica administrativa, por lo demás

completamente razonable y justificada, evidencia, frente a lo que con frecuencia se afirma, que es posible gestionar rigurosamente la tesorería pública, realizar una programación cautelosa de los ingresos y gastos públicos y no incurrir, salvo situaciones absolutamente excepcionales, en retrasos en el pago de las obligaciones. Basta simplemente con aplicar técnicas similares de gestión financiera y *auto-disciplina* administrativa, siendo conscientes (y aquí reside precisamente el cambio cultural que se requiere) del inmenso daño que produce la gestión presupuestaria *no-rigurosa* sobre la competitividad de las empresas españolas (con un demoledor efecto *emulación* en el conjunto del sector privado que amplifica gravemente el problema) y sobre los propios recursos públicos. Retrasar los pagos no supone, obviamente, ahorro alguno para la Administración, sino un innecesario e improductivo incremento en los costes por los bienes y servicios adquiridos gravemente lesivo, en último término, para los propios intereses públicos. Es preciso desterrar de nuestra gestión pública una regla *no-escrita*, pero de general aceptación, según la cual la remuneración del empresario contratista de la Administración pública (y su beneficio industrial) comprende, *eo ipse*, el deber de soportar una especie de *riesgo temporal de pago* del contrato, ajeno por completo a la Ley y a las estipulaciones fijadas en los pliegos de cláusulas administrativas, cuya existencia resulta enormemente onerosa para las empresas e ineficiente para el sistema económico en su conjunto.

Tal es el planteamiento que procede de la Unión Europea, que desde hace años ha expresado reiteradamente su honda preocupación por este problema y cuyos avances regulatorios han determinado las grandes reformas operadas en el sistema jurídico español en los últimos años, incluida la reciente *L 15/2010*.

El primer texto normativo europeo relevante en la materia fue la *Directiva 2000/35 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, entre cuyos preceptos se contiene, por primera vez, una incipiente regulación de morosidad en el pago de las obligaciones contractuales por las Administraciones públicas. Afirmaba, en efecto, este texto normativo europeo, aun vigente, que «... la presente Directiva debe regular todas las operaciones comerciales con independencia de si se llevan a cabo entre empresas públicas o privadas, o entre éstas y los poderes públicos, teniendo en cuenta que estas últimas realizan pagos de un volumen considerable a las empresas...».

La obligada transposición de esta Directiva al ordenamiento jurídico interno se llevó a cabo a través de la *L 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* (ahora objeto de modificación por la reciente *L 15/2010*) cuya disp. final 1.ª introdujo una importante reforma en la entonces vigente *Ley de Contratos de las Administraciones públicas* (Texto Refundido aprobado por RDLeg. 2/2000), cuyo art. 99 pasó a disponer lo siguiente: «4. La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato..., y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de sesenta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales».

Este precepto legal pasó prácticamente con idéntica redacción al art. 200 *L 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP)*, que sustituyó al Texto Refundido de 2000, antes citado, y a cuya reciente modificación nos referiremos más adelante.

Sin embargo, la insatisfacción en las Instituciones de la Unión Europea por los tímidos resultados obtenidos por la aplicación de esta normativa volvió

a aflorar nuevamente. Igualmente en nuestro país, donde pronto se advirtieron —destacadamente por las organizaciones patronales— las graves insuficiencias de la normativa vigente (en particular la facultad de derogar sus prescripciones fundamentales mediante pactos entre las partes) y, sobre todo, en el ámbito de las Administraciones públicas, donde los efectos de la Ley de 2004 prácticamente han sido inexistentes como lo demuestran los alarmantes datos reales sobre morosidad del sector público antes apuntados.

La Unión Europea retomó su interés por esta cuestión en la *Agenda de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo* y lo expresó de manera muy firme en el documento conocido como *Small Business Act* [COM(2008) 394] (con valor jurídico de Recomendación del Parlamento Europeo, a pesar de su equívoca denominación) y en el *Plan Europeo para la Recuperación Económica* [COM(2008) 800] en el que se señala de forma muy clara y concreta que «... una condición previa para la inversión, el crecimiento y la creación de puestos de trabajo en el contexto de crisis económica es contar con financiación suficiente y viable... (por lo que) la UE y los Estados miembros deben velar por que los poderes públicos paguen sus facturas en el plazo de un mes...».

Un año más tarde (8 de abril de 2009) la Comisión Europea publicó finalmente su nueva propuesta de Directiva en la materia, reformando la Directiva 2000/35 CE, contenida en el documento *COM(2009) 126 final*, en proceso de tramitación muy avanzado actualmente en el Parlamento Europeo. En la Exposición de Motivos, la Comisión alerta seriamente sobre la grave incidencia que estas prácticas morosas pueden llegar a tener en la construcción del mercado interior de la contratación pública, objetivo central y prioritario, como es bien conocido, de toda la legislación europea en este ámbito.

El proyecto de nueva *Directiva de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales* contiene en su art. 5 una exigente y bien acabada regulación concerniente a la morosidad de los poderes públicos. Los Estados miembros deben asegurar (art. 5.1) que el acreedor «... tenga derecho a aplicar intereses de demora, sin necesidad de recordatorio, equivalentes al interés legal, si... ha cumplido sus obligaciones contractuales y legales». El interés de demora será pagadero desde el día siguiente a la fecha de pago establecida en el contrato y, en defecto de ésta, «... automáticamente... treinta días después de la fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente...» o, si la factura se recibe antes, treinta días después de

la «... entrega...» de los bienes o de la «... prestación de los servicios...». El art. 5 del texto de la Comisión precisa que «... si legalmente o en el contrato se establece un procedimiento de aceptación o de comprobación en virtud del cual deba verificarse la conformidad de los bienes o los servicios con lo dispuesto en el contrato...», los Estados miembros asegurarán que «... la duración máxima del procedimiento de aceptación o verificación... no exceda de treinta días...» desde la recepción de los bienes o servicios.

El tipo de interés legal, según el art. 2.5 del proyecto de Directiva, se define como «... el tipo de referencia aumentado en, al menos, siete puntos porcentuales...», si bien desde el Parlamento Europeo se propone aumentar este diferencial hasta un mínimo de nueve puntos (*vid.* enmienda 20 del Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección al Consumidor, de 4 de mayo de 2010, ponente: Barbara Weiler). Además de ello, el apartado 4 del artículo 5 del texto propuesto por la Comisión Europea señala que las legislaciones nacionales asegurarán el derecho del acreedor de la Administración a recibir, con carácter complementario al interés de demora, una cantidad a tanto alzado equivalente al 5% de la cantidad adeudada (apartado este que, sin embargo, el Informe de la Comisión competente del Parlamento Europeo, antes citado, propone suprimir).

### III. LA REFORMA DE LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO: LA REDUCCIÓN DE LOS PLAZOS DE PAGO EN EL SECTOR PÚBLICO

La reforma de la L 3/2004, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que ha llevado a cabo la L 15/2010, de 5 de julio, en vigor desde la fecha de su publicación el *BOE* (disp. final única), tiene por objeto, en muy buena medida, anticipar las soluciones legislativas contenidas en la propuesta de Directiva antes citada, trasladando al ordenamiento interno muchas de sus previsiones. Con todo, como veremos seguidamente, la reciente reforma legislativa operada en España no se ajusta íntegramente al contenido de la propuesta de Directiva, cuyas exigencias en la materia que aquí nos concierne son aun mucho más estrictas.

En primer término, la L 3/2004, modificada por la L 15/2010, contempla las operaciones comerciales realizadas entre las empresas y «... la Administración...» dentro de su ámbito de aplicación (art. 3.1), si bien «... de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sec-

tor Público...». A su vez, por «... Administración...» se entiende, con arreglo a las definiciones de la propia Ley [art. 2 b)], «... los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.3...» de la LCSP. Es decir, la más amplia extensión del concepto de sector público, en todos sus niveles territoriales y ámbitos funcionales.

En cuanto a los plazos de pago y el cómputo de los mismos, la L 15/2010 se limita a introducir una modificación en el art. 200, hasta ahora en vigor, de la L 30/2007 (LCSP) consistente esencialmente en reducir el plazo de pago de sesenta a treinta días, en plena consonancia con la exigencias procedentes de la Unión Europea (así el *Plan Europeo para la Recuperación Económica*, antes citado, y el proyecto de nueva Directiva sobre morosidad en operaciones comerciales).

No obstante, la Ley (art. 3.3) incorpora también una nueva disp. trans. 8.<sup>a</sup> en la LCSP, a efectos de facilitar su aplicación progresiva por las Administraciones públicas, en virtud de la cual se establece el siguiente calendario:

- Entre la entrada en vigor y 31 diciembre de 2010: cincuenta y cinco días.
- Entre 1 de enero y 31 de diciembre de 2011: cincuenta días.
- Entre 1 de enero y 31 de diciembre de 2012: cuarenta días.
- A partir de 1 de enero de 2013: treinta días.

La solución legislativa adoptada es, sin embargo, menos afortunada en la regulación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de pago al haberse limitado a reproducir en su redacción originaria, la regulación incorporada a la legislación de contratos públicos en 2004.

El art. 200.4 LCSP, ya modificado por la L 15/2010, sitúa el momento para el cómputo del plazo de treinta días en:

- La fecha de expedición de las certificaciones de obras, o
- (La fecha de expedición) de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato.

La redacción de este precepto, literalmente idéntica en este punto al texto de 2004, suscita evidentes dificultades interpretativas, y, lo que es más importante, no se acomoda a las previsiones del proyecto de nueva Directiva europea, en la cual el *dies a quo* para el cómputo del plazo de pago de treinta

días se sitúa, en defecto de un momento expresamente señalado al efecto en el contrato, en la «... fecha en que el deudor haya recibido la factura o una solicitud de pago equivalente...» [art. 5.2 b) del proyecto de Directiva]. En el supuesto en que la factura o solicitud de pago equivalente se curse antes de la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, el plazo se computará desde que ésta se produzca efectivamente. En suma, el modelo del proyecto de Directiva descansa sobre la entrega o realización de la prestación, mientras que la LCSP, siguiendo el esquema tradicional de nuestra legislación, anuda este momento a la emisión de un documento administrativo (certificación de obra, art. 218; o acreditación de la realización total o parcial del contrato, arts. 268.3 y 283.1, en contratos de suministro y servicios).

Sin embargo, más allá de la escasa precisión técnica del precepto, producida por la inercia normativa de mantener la redacción anterior, el criterio práctico de aplicación del art. 200.4 ha de estar basado forzosamente en la realidad material de la realización de la contraprestación contractual. Ello resulta obligado, en primer lugar, por la propia L 15/2010 que, como hemos indicado, resulta aplicable a las «... operaciones comerciales realizadas... entre empresas y la Administración...». Según el art. 1.3 de la nueva Ley (modificativo del art. 4 L 3/2004) el plazo de pago se computa, como regla general, desde «... la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios...» [art. 4.1 a)]. Si el acreedor remite al deudor la factura antes de ese momento, el plazo de pago no comienza hasta el momento de la entrega efectiva de los bienes o la prestación de los servicios.

Por otra parte, el propio art. 200.4 LCSP ha añadido un párrafo al apartado que no figuraba en la redacción anterior del precepto que confirma con claridad esta interpretación. Señala este párrafo de la LCSP lo siguiente: «Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación».

El juego conjunto del art. 4 L 3/2004 modificada y el último párrafo del art. 200.4 L 30/2007, de Contratos del Sector Público, unido todo ello a la normativa europea sobre la materia, conducen a este criterio aplicativo del precepto: el *dies a quo* (al menos en los contratos públicos distintos del contrato de obras) lo determina la entrega efectiva de los bienes o la realización del servi-

cio, que, en caso necesario, podrá acreditarse por cualquier medio de prueba.

### IV. ASPECTOS PROCESALES DE LA REFORMA DE 2010: EL NUEVO PROCESO MONITORIO-ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 200 BIS DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley de 2004 ya estableció un plazo máximo de pago de sesenta días en el sector público, que, sin embargo, ha resultado reiteradamente incumplido en la práctica por las distintas Administraciones públicas y por toda suerte de organismos y entes dependientes de las mismas. En un escenario real en el que el período medio de pago en el sector público se sitúa en más de ciento sesenta días (doscientos ochenta en el sector sanitario, como hemos visto) infringiendo abiertamente la Ley hasta ahora vigente, la cuestión no estriba tanto en la reducción de un plazo que sistemáticamente se vulnera, sino en el establecimiento de instrumentos, administrativos y jurisdiccionales, verdaderamente eficaces para garantizar el cumplimiento de la Ley por parte de las Administraciones públicas. Y, es precisamente en este punto, donde la reforma operada por la L 15/2010, introduce cambios verdaderamente trascendentes.

El problema del impago de las deudas derivadas de la contratación administrativa había sido ya abordado en la L 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). En efecto, el vigente art. 29.1 de dicha Ley regula, con carácter general, los remedios procesales contra la inactividad administrativa, incluyendo el impago de las cantidades a las que la Administración venga obligada como consecuencia de un contrato.

A tal efecto, el mencionado art. 29.1 establece que «cuando la Administración, en virtud de... un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación». Esa reclamación constituye un paso previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, puesto que «... si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración...».

Es evidente que la inactividad de la Administración pública, consistente en el mero impago de las cantidades adeudadas en virtud de un contrato administrativo, constituye un supuesto encuadrable en el art. 29.1 LJCA, en cuanto ese impago supone dejar de realizar la prestación principal a la que la Administración se obliga cuando firma un contrato administrativo, esto es, al pago de las cantidades estipuladas como precio de dicho contrato a cambio de las prestaciones que el contratista se obliga a ejecutar, de acuerdo con el objeto de cada contrato. Resulta indiscutible la adecuación de esa vía procesal como remedio para obligar a la Administración a cumplir con sus compromisos contractuales y obligarle a abonar las deudas pendientes.

Sin embargo, la Jurisprudencia se ha mostrado hasta ahora enormemente restrictiva en la aplicación práctica de dicho artículo. Así, por ejemplo, las SSTs, Sala 3.ª, de 24 de julio de 2000 y 16 de noviembre de 2008, exigen que la inactividad de la Administración se refiera a «... una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación...». Más explícitamente, la sentencia del mismo Tribunal de fecha 18 de febrero de 2005 se refiere al art. 29.1 LJCA y afirma que la referencia a *prestación concreta* que en el mismo se contiene, pone «... claramente de relieve la decisión legislativa tendente a restringir los supuestos en los que es posible acudir a la vía contencioso-administrativa al amparo del artículo 29.1 LJCA...».

Las dificultades con que se ha encontrado la aplicación y efectividad práctica del art. 29.1 LJCA se centraban en la acreditación de la deuda reclamada, puesto que, en el mejor de los casos, el interesado disponía de la certificación de obra y, en aquellos contratos que no fuesen de obra, de la factura correspondiente. Mucho más infrecuentemente, el interesado podía aportar el *reconocimiento expreso* de la deuda por parte de la Administración, puesto que ésta no tenía interés alguno en facilitar el éxito procesal de la reclamación de deuda. Antes bien, el rigor de la Jurisprudencia citada le daba numerosas posibilidades de enervar la vía del artículo mencionado. Esas dificultades suponían una traba evidente para la plena eficacia del art. 29.1 LJCA y explican el celo que el legislador de 2010 ha puesto en removerlas en la reciente reforma.

La L 15/2010, mediante el nuevo art. 200 bis que introduce en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), se faculta al empresario acreedor «... transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 200.4...» para «... reclamar

por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiese contestado se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración...».

El cambio operado en el plano procesal respecto a la legislación precedente (es decir, básicamente respecto al art. 29 LJCA) es de extraordinaria trascendencia práctica y se centra en tres cuestiones clave:

a) En primer lugar, en la reducción sustancial del plazo de silencio administrativo en materia de pago de obligaciones contractuales, que pasa de tres meses (art. 29.1 LJCA) a un mes (art. 200 bis LCSP).

b) En segundo término, en la atribución *ex lege* a dicho silencio administrativo el valor jurídico de un *reconocimiento de deuda* de la Administración («... se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago...»), que constituía, como hemos visto, un obstáculo generalmente insalvable para el ejercicio de acciones por la vía del art. 29.1 LJCA en el ámbito de las obligaciones contractuales.

c) En tercer lugar, *last but not least*, en el establecimiento de un sistema de garantía cautelar del empresario de carácter automático y absolutamente expeditivo. Con arreglo al nuevo art. 200 bis de la LCSP, al interponer el recurso contencioso-administrativo (un mes después de formular la reclamación por escrito del pago) el empresario podrá solicitar como medida cautelar «... el pago inmediato de la deuda...».

Aquí reside la esencia de la reforma de 2010: el órgano judicial «... adoptará...» (por tanto: necesariamente) la medida cautelar «... salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no se corresponde con la que es exigible...».

Frente a lo dispuesto con carácter general sobre medidas cautelares en el art. 136.1 LJCA, el art. 200 bis LCSP establece una clara norma especial que permite a la Administración enervar la medida cautelar de «... pago inmediato...» únicamente acreditando la inexistencia de deuda («... no concurren las circunstancias que justifican el pago...») o la pluspetición en la liquidación de la misma. El carácter especial de esta norma impide, en nuestra opinión, que el órgano judicial pueda denegar la medida a causa de la existencia de «...

una perturbación grave de los intereses generales o de tercero...» como establece, para otros supuestos distintos de inactividad administrativa, el art. 136.1 LJCA.

La L 15/2010 no deroga expresamente ni el art. 29 ni el art. 136 LJCA, que —lógicamente— continúan vigentes respecto a los restantes supuestos de inactividad administrativa objeto de impugnación jurisdiccional. Para las obligaciones contractuales del sector público rige el nuevo art. 200 bis L 30/2007.

La L 15/2010 ha querido incorporar al ámbito de las obligaciones contractuales de las Administraciones públicas principios y soluciones procedentes del Derecho privado, como evidencia la inclusión del sector público en su ámbito de aplicación (art. primero). Entre estas reglas se encuentra en el terreno procesal el llamado *principio monitorio*, generalizado en el Derecho de la Unión Europea, en virtud del cual las deudas reclamadas judicialmente en las que no se produzca formalmente la oposición al pago del deudor alcanzan automática e irreversiblemente la condición de títulos ejecutivos. Con todas las reservas derivadas de esta afirmación, pues existen obvias diferencias entre las deudas privadas y las generadas por la Administración en el cumplimiento de los contratos, pudiera afirmarse que el legislador de 2010 ha dado carta de naturaleza en nuestro Derecho administrativo a una especie de *proceso monitorio sui generis* frente a las Administraciones públicas llamado a jugar un papel fundamental en esta materia a partir de este momento.

## V. EL REGISTRO DE FACTURAS Y LOS INFORMES TRIMESTRALES

En el terreno adyacente y ciertamente complementario a lo procesal, el art. quinto de la L 15/2010 ha establecido una medida para reforzar la seguridad jurídica de los contratistas acreedores de notable importancia práctica: el Registro de Facturas, cuya obligatoriedad nace con la propia entrada en vigor de la Ley.

La medida se circunscribe al ámbito de las Entidades Locales (provincias, municipios e islas, así como las restantes Entidades Locales no-necesarias establecidas en la LBRL). El Registro tendrá por objeto anotar («... con carácter previo a su remisión al órgano responsable...») «... cualquier factura o documento justificativo emitido por los contratistas a cargo (*sic*) de la entidad local...». El Registro estará a cargo del Interventor

local o del órgano que tenga atribuida la función de contabilidad.

La función primordial del Registro es dar certeza jurídica a un trámite hasta ahora no suficientemente normalizado (la presentación de facturas) en muchas Administraciones públicas. La existencia del Registro obliga a la anotación en el mismo de todas las facturas o solicitudes de pago equivalentes e incidencias contractuales, así como a la tramitación ordenada temporalmente de las mismas, sin prelación injustificadas de unos pagos sobre otros. A estos efectos el Interventor local emitirá un Informe trimestral al Pleno de Corporación indicando individualizadamente las facturas o solicitudes de pago en las que exista un retraso superior a tres meses en el pago (previsión realmente sorprendente cuando el plazo de pago legalmente obligatorio está fijado en un mes).

En el caso de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas no existe obligación de crear formalmente un Registro de Facturas. Tan solo se impone a sus Intervenciones Generales el deber de elaborar un Informe trimestral en el que se analice «... el número y cuantía global (no una relación individualizada, como en las Entidades Locales) de las obligaciones pendientes en las que se esté incumpliendo el plazo...» (art. cuarto).

## VI. LA APLICACIÓN TRANSITORIA DEL NUEVO PROCEDIMIENTO JUDICIAL: LOS CONTRATOS ANTERIORES A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 15/2010

La cuestión que inmediatamente se plantea consiste en determinar cuáles son los casos a los que se aplica la nueva Ley, en particular el procedimiento previsto en el artículo tercero de la misma en cuanto que añade un art. 200 bis a la LCSP. Esta cuestión se halla solo parcialmente resuelta en las disposiciones transitorias de la L 15/2010, de modo que la respuesta completa a la misma exige una solución más elaborada.

En tanto que, como hemos visto, la Ley ha regulado con detalle la entrada en vigor de las que hemos llamado normas sustantivas (disps. trans. 2.ª y 3.ª L 15/2010 y disp. trans. 8.ª nueva de la LCSP, creada por el art. tercero L 15/2010), no ha dedicado una disposición equivalente a la entrada en vigor de las normas procesales, lo que nos obligaría a estar a lo que establece con carácter general su disp. trans. 1.ª que declara la aplicabilidad de la L 15/2010 «a todos los contra-

tos celebrados con posterioridad a su entrada en vigor».

La disp. trans. 4.ª Código Civil (CC) establece como regla general que «... las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código».

Como puede verse, el CC distingue perfectamente entre Derecho sustantivo y procesal, de modo que el contenido sustantivo de los derechos continúa rigiéndose por la legislación anterior, en tanto que las acciones que nacen de esos derechos se han de ejercer con arreglo a los procedimientos previstos en la nueva legislación.

La Jurisprudencia más antigua llegó incluso a entender que las normas procesales, por tratarse de normas son de interés público, tienen siempre efecto retroactivo. Sin embargo, la Jurisprudencia reciente matiza esa afirmación con una aplicación más ponderada de lo establecido en el CC, en particular en la disp. trans. 4.ª ya mencionada. En síntesis, la Jurisprudencia avala la solución de la disposición transitoria, de modo que los procesos iniciados cuando entra en vigor una nueva Ley, se rigen por la Ley anterior, salvo que, como permite el CC, los interesados opten por acogerse a las normas procesales establecidas en la Ley nueva. Al mismo tiempo, la Jurisprudencia se manifiesta a favor de la aplicación de las normas procesales más recientes a los procesos iniciados una vez hayan entrado en vigor éstas, sin perjuicio de que el contenido material del derecho sea el establecido en la legislación precedente.

La solución que nace del Código y de la Jurisprudencia en orden a la aplicabili-

dad de las normas procesales tras una reforma legislativa ha sido confirmada por el propio legislador en sucesivas ocasiones. Por citar solo dos casos recientes, tendríamos que la propia LJCA introduce soluciones similares en sus disposiciones transitorias, de modo que los procesos iniciados a la entrada en vigor de la Ley se seguirán sustanciando conforme a los procedimientos previstos en la legislación anterior y por los órganos contemplados en ésta, en tanto que los recursos interpuestos tras la entrada en vigor de la Ley se rigen por ésta (disps. trans. 1.ª a 3.ª LJCA).

También la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) da una solución similar, de suerte que los procesos iniciados a la entrada en vigor de la misma continúan sustanciándose con arreglo a la legislación anterior, mientras que las sentencias que recaigan en dichos procesos serán objeto de los recursos establecidos en la nueva LEC (disps. trans. 1.ª a 4.ª).

Al mismo tiempo, y esto es, como veremos, de crucial importancia para nuestro asunto, la Jurisprudencia entiende que las normas sobre prueba tienen naturaleza procesal y rige para las mismas el mismo criterio que se aplica a las normas procesales, de modo que si el proceso se inicia una vez ha entrado en vigor la Ley nueva, son las normas sobre prueba que ésta contiene las que se aplican en el citado proceso.

Si tomamos como referencia lo que queda dicho sobre la aplicabilidad de las normas procesales al caso que nos ocupa, tenemos que el nuevo procedimiento previsto en el art. 200 bis LCSP sería de aplicación en todas aquellas reclamaciones de deuda que se inicien una vez ha entrado en vigor la L 15/2010, con independencia de que los derechos que se hagan valer a través de esas reclamaciones tengan su origen en

contratos firmados previamente a esa entrada en vigor y se rijan, por tanto, por la legislación precedente.

Ello significa, en definitiva, que los contratistas de las Administraciones públicas que tengan deudas pendientes de cobro, derivadas de contratos firmados antes de la entrada en vigor de la L 15/2010, podrán hacer uso del procedimiento previsto en el art. 200 bis LCSP, si bien deberán atenerse a los plazos de pago establecidos en la legislación precedente. La aplicabilidad del nuevo procedimiento supone, naturalmente, la aplicación íntegra del mismo, también en lo que se refiere al valor *probatorio* de la falta de respuesta de la Administración, de conformidad con la Jurisprudencia citada.

La solución que proponemos no solo toma en cuenta el estado de la legislación y de la Jurisprudencia en este punto, sino que parece la más razonable vista desde el punto de vista de la justicia material. En efecto, si no aceptamos que las deudas nacidas de contratos previos a la entrada en vigor de la L 15/2010 pueden hacerse efectivas a través del nuevo procedimiento que ésta crea, tendremos que las deudas más antiguas son de cobro mucho más difícil que las más recientes, puesto que solo estas últimas dispondrían del procedimiento expeditivo que regula el art. 200 bis LCSP; en tanto que las más antiguas solo podrían hacer uso del procedimiento previsto en el art. 29.1 LJCA, con las dificultades que la Jurisprudencia ha encontrado en la aplicación de dicho artículo.

Cuestión de máximo interés es la relativa a las medidas cautelares que se pueden solicitar en el curso del nuevo procedimiento, a las que también hemos hecho ya referencia. Situando esa cuestión en el plano del derecho transitorio y planteándonos el problema de la

aplicabilidad de la norma que regula las medidas cautelares, tendríamos como primera respuesta que, naturalmente, la posibilidad de pedir y acordar esas medidas es innegable cuando se inicie un procedimiento con arreglo a lo previsto en la nueva legislación, puesto que la adopción de medidas cautelares forma parte de las normas procesales contenidas en el art. 200 bis LCSP.

Sin embargo, la legislación procesal más reciente ha dado una solución a este problema que se sitúa en línea con la solución que se da al problema de la aplicabilidad de las normas procesales en general. Así, tanto la LEC como la LJCA coinciden en señalar que «... las medidas cautelares que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley...» (disp. trans. 7.ª LEC) (1).

El legislador ha partido, una vez más, de la idea de que las medidas cautelares, en cuanto dan lugar a un incidente dentro del proceso, se han de regir por la legislación vigente en el momento de iniciarse el incidente, aun cuando ese incidente se sustancie en el marco de un proceso abierto con arreglo a la legislación anterior.

Todo ello significa, en nuestra opinión, que es posible solicitar las medidas cautelares previstas en el art. 200 bis LCSP en sede contencioso-administrativa, aun cuando se trate de procesos contra la inactividad de la Administración, por impago de deudas derivadas de contratos, iniciados con arreglo a lo dispuesto en el art. 29.1 LJCA. ■

## NOTAS

(1) Véase en el mismo sentido la disp. trans. 8.ª LJCA.

# laleydigital.es

## DOCTRINACIVIL

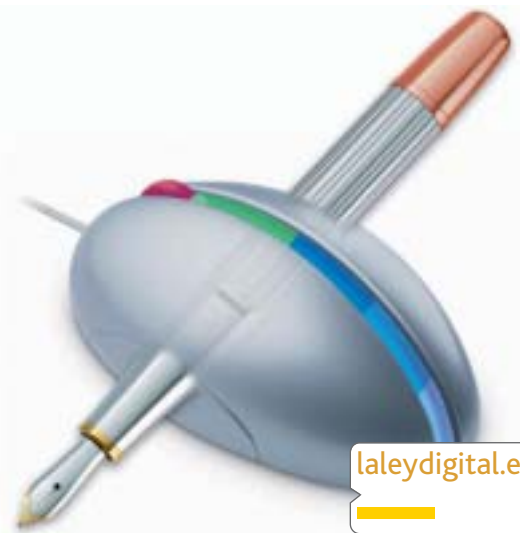
### CIVIL



Un paso  
por delante

Más información en nuestro  
Servicio de Atención al Cliente:  
902 250 500 tel • clientes@laley.es

NUEVO



laleydigital.es

Tribunal Supremo

# la sentenciadeldía

TS Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 6, S 22 Abr. 2010

Ponente: Lesmes Serrano, Carlos.

LA LEY 49156/2010

 Consulte los textos íntegros en  
 www.diariolaley.es

## Legalidad de la Ordenanza municipal tipo que regula los locales públicos de Cataluña donde se ejerce la prostitución

### RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del TSJ Cataluña que declaró la conformidad a derecho de la Orden PRE/335/2003 de la Generalitat de Cataluña que aprobó la ordenanza municipal tipo sobre locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, confirmando íntegramente la resolución judicial impugnada.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Convenio Internacional 21 Mar. 1950 (represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Adhesión de España); Convención 18 Dic. 1979, hecha en Nueva York (eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Instrumento de Ratificación 16 Dic. 1983); Orden PRE/335/2003 de 14 Jul. CA Cataluña (aprobación de la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución); disp. trans. 1ª D 217/2002 de 1 Ago. CA Cataluña (regulación de los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución) (LA LEY 10375/2002); art. 26 Convenio de Viena 23 May. 1969 (derecho de los tratados) (LA LEY 678/1969); art. 96.1 CE (LA LEY 2500/1978).

## sumario

**ORDENANZAS MUNICIPALES.—Conformidad a derecho de la ordenanza tipo aprobada por la Generalitat catalana para regular la actividad de la prostitución en locales de pública concurrencia.—La norma impugnada no se aparta del fin perseguido en el decreto autonómico que desarrolla, de defender los derechos y la seguridad de los ciudadanos.—No se aprecia contradicción con los compromisos asumidos por el Estado en convenios internacionales para la represión de trata y explotación de personas o para la eliminación de formas de discriminación contra la mujer.**

La Orden PRE/335/2003 de 14 Jul. CA Cataluña (aprobación de la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución) trae causa de la disp. trans. 1ª D 217/2002 de 1 Ago. CA Cataluña (regulación de los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución) (LA LEY. 10375/2002). Lo que justifica la intervención administrativa es la existencia de locales de pública concurrencia en los que, por su peculiar singularidad, es necesario preservar más intensamente el orden público, garantizar su seguridad e higiene, evitar molestias a terceros, defender los derechos y la seguridad de los ciudadanos y proteger a las personas menores de edad, bienes jurídicos e intereses públicos que pueden resultar especialmente comprometidos atendidas las particularidades de los locales objeto de regulación. Esta intervención contemplada en el Decreto sólo puede ser considerada de limitación, incluso de policía, sin que en ningún caso tenga la consideración de actividad prestacional de ningún tipo y aún menos de fomento de la actividad. La Orden impugnada, en sus concretas medidas, no se aparta del fin perseguido por el D 217/2002 citado y se justifica por los peligros que se tratan de conjurar —alteraciones del orden público, daño moral a los menores de edad, salubridad pública, etc.—, y no pretende otra cosa que establecer un marco normativo de competencia municipal, para

aquellos ayuntamientos que no hayan aprobado la correspondiente ordenanza municipal de adaptación al Decreto, sin que ningún reproche pueda hacerse a esta norma desde la legalidad. En definitiva, y por las razones expuestas, puede concluirse que ninguna contradicción existe entre la norma impugnada y los compromisos asumidos por el Estado español al adherirse al Convenio Internacional 21 Mar. 1950 (represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Adhesión de España). Como tampoco la hay, por las mismas razones, con la Convención 18 Dic. 1979, hecha en Nueva York (eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Instrumento de Ratificación 16 Dic. 1983).

**TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES.—Eficacia normativa, y no meramente programática de los convenios internacionales válidamente celebrados, y una vez publicados oficialmente en España.**

El art. 96.1 CE reconoce que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento jurídico interno, norma constitucional que se traduce en el reconocimiento del aforismo *pacta sunt servanda* y que se conecta con el art. 26 Convenio de Viena 23 May. 1969 (derecho de los tratados), al que España se incorporó por instrumento de ratificación y que establece como norma básica, relativa a la observancia, aplicación e interpretación de los tratados, el respeto al principio *pacta sunt servanda*, pues todo tratado en vigor en los términos literales del Convenio «obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», compromiso de cumplimiento que el citado art. 96.1 CE refuerza con la incorporación al ordenamiento jurídico interno del contenido del tratado. Una vez incorporado al ordenamiento jurídico interno español, la aplicación directa de un tratado o convenio viene condicionada por el carácter *self-executing* de sus disposiciones, es decir, que su relación sea lo suficientemente precisa para consentir esa aplicación directa sin necesidad de un ulterior desarrollo legal y reglamentario que represente la voluntad de nuestro Estado. Ello lleva a la conclusión de admitir la eficacia normativa, y no meramente programática, de los convenios internacionales.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

QUINTO. - La Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, del Departamento de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya, por la que se aprueba una Ordenanza Municipal Tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución trae causa de la disposición transitoria primera del Decreto 217/2002, por el que se regulan este tipo de locales. Este Decreto, que no consta haya sido impugnado por la parte actora, se dictó, según consta en su Preámbulo, de acuerdo con las competencias exclusivas que la Generalitat tiene en materia de espectáculos públicos, actividades recreativas y, en general, en relación con establecimientos de pública concurrencia.

Las competencias de la Generalitat de Catalunya venían definidas en aquel momento (años 2002-2003) por la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1990, de 15 de junio, sobre Policía del Espectáculo, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos, y se justificaban por el objetivo de preservar el orden público, de garantizar la seguridad y la higiene de los locales, de evitar molestias a terceros, de defender los derechos y la seguridad de los ciudadanos y de proteger a las personas menores de edad. En definitiva, se trata de la regulación de una actividad administrativa de policía que ordena obligatoriamente actividades privadas al objeto de preservar o garantizar determinados intereses públicos.

El concreto objeto del Decreto 217/2002, según su artículo primero, es el de establecer los requisitos y las condiciones que tienen que reunir determinados locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. Estos locales resultan acotados en el art. 3, que determina el ámbito de aplicación del Decreto, comprendiendo exclusivamente aquellos que disponen de servicio de bar, con ambientación musical por medios mecánicos, sin pista de baile o espacio asimilable, y aquellos otros que ofrecen actuaciones y espectáculos eróticos, disponiendo de escenario, con o sin pista de baile, de camerino para los artistas actuantes, de sillas y mesas para el público espectador y de servicio de bar, siempre y cuando dispongan unos y otros de reservados anexos donde se desarrolla la prestación de servicios de naturaleza sexual, quedando excluidos, según el art. 4, los domicilios y las viviendas particulares donde se prestan servicios de naturaleza sexual por no tener la consideración de locales de pública concurrencia siendo la finalidad del Decreto establecer las limitaciones y las prohibiciones inherentes a este tipos de establecimientos.

El art. 2 del Decreto se encarga de precisar que, a sus efectos, se considera prestación de servicios de naturaleza sexual la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia.

Vemos así que lo que justifica la intervención administrativa es la existencia de locales de pública concurrencia en los que, por sus peculiar singularidad, es necesario preservar más intensamente el orden público, garantizar su seguridad e higiene, evitar molestias a terceros, defender los derechos y la seguridad de los ciudadanos y proteger a las personas menores de edad, bienes jurídicos e intereses públicos que pueden resultar especialmente comprometidos atendidas las particularidades de los locales objeto de regulación.

Esta intervención administrativa contemplada en el Decreto sólo puede ser considerada de limitación, incluso de policía, sin que en ningún caso tenga la consideración de actividad prestacional de ningún tipo y aún menos de fomento de la actividad.

La Ordenanza Municipal tipo, aprobada por la Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya, en sus concretas medidas no se aparta del fin perseguido por el Decreto 217/2002 -fin lícito, como hemos visto- y se justifican por los peligros que se tratan de conjurar (alteraciones del orden público, daño moral a los menores de edad, salubridad pública, etc...).

Así, la Ordenanza Municipal Tipo establece que estos locales no se pueden ubicar a menos de doscientos metros de centros docentes, ni de aquellos locales de ocio destinados a menores de edad o que por la naturaleza de su actividad comporten la asistencia de menores de edad (art. 6), prohibiéndoles expresamente el acceso a estos locales, con indicación mediante rótulos de dicha prohibición (art. 8). También prohíbe que se hagan actuaciones tendentes a la captación de personas en el exterior de estos locales o que se utilicen reclamos publicitarios luminosos o similares explícitos de la actividad que se desarrolla (art. 7). Además impone determinadas exigencias relativas a la salubridad e higiene en los locales y sus anexos, medidas contraincendios, limpieza y desinfección. Todo ello, como es de ver, para preservar los bienes jurídicos y los intereses públicos a que antes hacíamos referencia. Junto a lo anterior, la Ordenanza Municipal Tipo dedica su Capítulo IV a regular la licencia de este tipo de locales (establece su obligatoriedad, duración, procedimiento para el otorgamiento, caducidad, anulación y revocación), licencia que no cumple una función legitimadora de la actividad, ni confiere derecho alguno, sino que pretende garantizar el cumplimiento de aquellas normas cuya finalidad es preservar los intereses públicos comprometidos en relación con el ejercicio de una actividad amparada por el principio general del *favor libertatis*..

SEXTO.- El artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril,) establece que el Municipio ejercerá competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de seguridad en lugares públicos, prevención y extinción de incendios y protección de la salubridad pública, y el art. 11 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero,

de Protección Jurídica del Menor, establece como principio rector de la acción administrativa propia de las Administraciones Públicas, y entre ellas la Local, la de preservar los locales y espacios públicos donde los menores desarrollen su vida.

Pues bien, la Ordenanza Municipal Tipo, como veíamos en el anterior fundamento, no pretende otra cosa que establecer un marco normativo de competencia municipal, para aquellos Ayuntamientos que no hayan aprobado la correspondiente ordenanza municipal de adaptación al Decreto 217/2002, al objeto de preservar mediante su ejercicio en determinados locales de pública concurrencia los bienes e intereses públicos antes reseñados, sin que ningún reproche pueda hacerse a esta norma desde la legalidad, pues ni la Generalitat ni los Ayuntamientos pueden establecer restricciones a la libertad que no estén contempladas en una ley (y ya hemos visto que la Ley no prohíbe el ejercicio libre e independiente de la prostitución, ni siquiera prohibía la tercería locativa en el año 2003 cuando se aprueba la Ordenanza), ni pueden dejar de proteger en aras de la reprochabilidad moral o social de la prostitución aquellos bienes o intereses que deben tutelar en virtud de un específico apoderamiento legal, como son la salubridad pública, las molestias a terceros, la seguridad de los ciudadanos o la protección de las personas menores de edad.

En definitiva y concluyendo, ninguna contradicción existe entre la Ordenanza Municipal Tipo, aprobada por la Orden PRE/335/2003, de 14 de julio, del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Catalunya, y los compromisos asumidos por el Estado español al adherirse a la Convención Lake Success de 21 de marzo de 1950, para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Como tampoco la hay, y por las mismas razones expuestas, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979.

Los motivos deben ser desestimados.

SÉPTIMO.- La desestimación de los motivos invocados lleva a declarar no haber lugar al recurso de casación, lo que determina la imposición legal de las costas a la parte recurrente, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad que otorga el art. 139.3 de la LRJCA y teniendo en cuenta la entidad del recurso y la dificultad del mismo, señala en 3.000 euros la cifra máxima como honorarios de Letrado de la parte recurrida.

## FALLAMOS

Que desestimando los motivos invocados, declaramos no haber lugar al recurso de casación 506/07, interpuesto por la representación procesal de la FEDERACIÓN DE ASOCIACIONES DE MUJERES SEPARADAS Y DIVORCIADAS, COMISIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN CONTRA LOS MALOS TRATOS A LAS MUJERES, GRUPO DE ESTUDIOS SOBRE LA CONDICIÓN DA MULLER ALECRIN, y del INSTITUTO PARA LA PROMOCIÓN DE SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS, contra la sentencia de 11 de diciembre de 2006, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso 676/2003, que queda firme. Con imposición legal de las costas a la parte recurrente en los términos establecidos en el último fundamento de derecho. ■



# laleydigital

## contratosprivados.es

NUEVO

exactamente lo que necesita  
en materia de **contratos privados**

 LA LEY  
grupo Wolters Kluwer

Un paso por delante

Más información en nuestro  
Servicio de Atención al Cliente:  
902 250 500 tel • clientes@laley.es

[laleydigital.es](http://laleydigital.es)



## Doctrina

La posición jurídica de los extranjeros

LA LEY 5124/2010

# La posición jurídica de los extranjeros a la luz del texto constitucional, de la nueva Ley 2/2009 de 11 de diciembre de reforma de la Ley de Extranjería y de la normativa de desarrollo

Rosana PÉREZ GURREA  
Abogado (1)

*En este trabajo pretendemos analizar un tema de gran actualidad como es la posición jurídica de los extranjeros en base a las reformas que han tenido lugar en los últimos meses y que eran necesarias para su adaptación a las necesidades actuales. Así, analizamos la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, entre cuyos objetivos se encuentran establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, perfeccionar el sistema de canalización legal de los flujos migratorios laborales y reforzar la integración apostando por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.*

## I. PLANTEAMIENTO

Por titularidad entendemos la cualidad que le confiere a la persona el hecho de ser sujeto de un derecho subjetivo o la relación entre un sujeto y el derecho que ostenta.

La CE utiliza diferente terminología para referirse a los titulares de los derechos fundamentales, «españoles», «todos», «todas las personas», «ciudadanos»; y en otros casos utiliza construcciones impersonales, «se reconoce el derecho...».

Todas estas formulaciones han de integrarse con el art. 13 CE para determinar la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros (2).

En principio, la nacionalidad hace referencia al vínculo que existe entre los miembros de una comunidad política

y el Estado al que pertenecen. La nacionalidad se traduce en la condición de ciudadano, que permite disfrutar del conjunto de derechos constitucional y legalmente establecidos y ejercerlos en condiciones de igualdad.

Los autores suelen dar un concepto negativo de extranjero, entendiendo por tal toda persona que no ostenta la nacionalidad española. En general, DE CASTRO considera extranjeros a los extraños a la comunidad nacional, es decir, al no nacional o no español.

La condición jurídica de los extranjeros ante las leyes de otro país ha sido muy distinta según las épocas, pero ahora, en las legislaciones modernas, se registran tres sistemas, aunque, como dice MIJANGA DE LA MUELA, no los encontramos puramente en ningún ordenamiento, dadas las excepciones existentes, por razón de orden público, defensa nacional, economía, etc. Son los siguientes:

1.- El criterio de reciprocidad diplomática, que subordina el reconocimiento de la personalidad jurídica del extranjero a lo establecido en los tratados en vigor con el Estado a que pertenezca.

2.- El de reciprocidad diplomática, que subordina dicho reconocimiento al que se tenga en la legislación del otro Estado.

3.- Y el de igualdad, que concede, sin subordinación de reciprocidad, al extranjero iguales derechos que al nacional.

En relación a la nacionalidad, el art. 11 CE se remite a la regulación por Ley, señalando que ningún español de origen podrá ser privado de ella y admitiendo los supuestos de doble nacionalidad en virtud de tratados que se firmen con países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido una particular relación con España.

La condición de los extranjeros en España se encuentra regulada en el CC, concretamente en el Título I del Libro I, en los arts. 17 a 28; pero se limita prácticamente a regular la nacionalidad.

Como señala Juan Manuel GOIG: «El derecho de extranjería abarcaría una serie de disposiciones relativas a la entrada, permanencia, trabajo y régimen de salida de los extranjeros, así como los derechos y libertades de que puedan ser titulares y las obligaciones que les puedan corresponder en relación con el Estado en que se encuentran» (3).

## II. FUENTES REGULADORAS DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS EXTRANJEROS

El régimen jurídico de los extranjeros en España se establece en la Constitución, en tratados internacionales, en la jurisprudencia del TC y en Leyes Orgánicas.

### 1. La Constitución Española

Como precepto clave en la materia destacamos el art. 13.1: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley». Los extranjeros son titulares en principio de todos los derechos fundamentales relacionados en el Título I de nuestra Constitución, si bien el mismo artículo añade una reserva al decir que ello tendrá lugar «en los términos que establezcan los tratados y la Ley».

El art. 13.2 tipifica: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos

reconocidos en el art. 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o por Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

Aun cuando este artículo constituye un elemento importante de interpretación no es el único que debemos tener en cuenta a la hora de fijar el alcance de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Así también debemos de aludir al art. 10.1 que dice: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social». Esta norma recoge la idea de unos derechos inherentes a la persona en los que no cabe distinguir entre nacionales y extranjeros.

El TC, en sentencia 53/1985, FJ 5.º, señala que el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y, desde el punto de vista constitucional, es considerado como el punto de arranque de la existencia y especificación de los demás derechos.

También es importante el apartado 2 del art. 10, según el cual: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

En la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se encuentran también las notas que caracterizan al Estado social y democrático de derecho. Los derechos derivan, a su vez, de los valores que el art. 1 CE define como superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

El art. 53 CE señala que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Toda limitación de un derecho o de una libertad reconocida constitucionalmente deberá hacerse solo por Ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho y deberá estar motivada y justificada y ser proporcional al fin perseguido.

### 2. Los tratados internacionales

La segunda fuente que tipifica la posición jurídica de los extranjeros son los tratados internacionales relativos a

los derechos humanos. Es importante destacar la STC 36/1991 en su FJ 5.º: «Esta norma (el art. 10.2 CE) se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los convenios y tratados internacionales sobre las mismas materias en los que España sea parte, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte, en cierto modo, en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución».

### 3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo califica como «intérprete supremo de la Constitución». Tienen gran importancia las SSTC 107/1984, recaída en un recurso de amparo, y la 115/1987, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto sobre diversos artículos de la LO 7/1985 relativos a los derechos de los extranjeros.

Por medio de estas sentencias, el TC ha realizado aportaciones importantes al *status* constitucional de los extranjeros, así debemos destacar la STC 236/2007, de 7 de noviembre, la cual da respuesta a las impugnaciones que se habían planteado contra la LO 8/2000 en relación con el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en situación irregular con relación a los cuales señala que «el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que, por su propia naturaleza, son incompatibles con la situación de irregularidad; pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallen en dicha situación en España» (FJ 4º).

Así, proyectando su doctrina general, considera que los extranjeros ilegales no pueden ser privados de los derechos que son imprescindibles para la

garantía de la dignidad humana, de los que vengán reconocidos a los extranjeros directamente por la Constitución, debiendo respetarse el contenido preceptivo del derecho y el contenido delimitado por la Constitución y por los tratados internacionales. Debe tenerse en cuenta que las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, guardando la proporcionalidad adecuada con la finalidad perseguida.

### 4. Las leyes y normativa de desarrollo

El desarrollo del art. 13 CE se encuentra en la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, por LO 11/2003, de 29 de septiembre, por LO 14/2003, de 20 de noviembre, y, finalmente, por LO 2/2009, de 11 de diciembre.

La reforma del 2009 viene motivada por: la evolución del fenómeno migratorio, la adaptación de la Ley a varias sentencias del TC, la necesidad de introducir en el derecho español el contenido de diversas Directivas comunitarias sobre inmigración y por el surgimiento de competencias en determinadas Comunidades Autónomas.

Los objetivos que se persiguen con esta reforma son:

- 1.- Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.
- 2.- Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.
- 3.- Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular.
- 4.- Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración, apostando por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas.
- 5.- Adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo y a las competencias estatutarias en materia de acogida e integración. Se fija un marco regulador.
- 6.- Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones de inmigrantes y otras.



En cuanto al concepto de residencia o residente, hemos de precisar que estos términos deben entenderse referidos a una situación de estancia o residencia legal, esto es, conforme a los requisitos que se establecen y que, por tanto, habilitan a la permanencia del extranjero en nuestro país en cualquiera de las situaciones reguladas. Cuando se omite la alusión a la situación de estancia o residencia, como sucede para el ejercicio de los derechos fundamentales, es precisamente porque dicha situación no debe exigirse.

El art. 1 de la Ley de Extranjería en sus párrafos 1 y 2 dice: «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte».

Se introducen con carácter *ex novo* un nuevo art. 2 bis en el que se define la política migratoria, se establecen los principios y ejes de actuación de la misma y se indica su marco competencial y un nuevo art. 2 ter que ordena los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

Complementa la regulación de esta materia el Reglamento de Extranjería aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, y modificado por RD 1162/2009, de 10 de julio, que tiene como finalidad adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo al traspaso a las CC.AA. de competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros.

Como en el ordenamiento jurídico español en materia de extranjería e inmigración la concesión a un extranjero de la posibilidad de trabajar se vincula a la posibilidad de que dicho extranjero sea

residente en España, a partir de ahora podrán concurrir en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones públicas cuyas actuaciones se tratan de coordinar:

Una, la autoridad laboral autonómica, que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada.

Otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo.

También se introducen cambios en la renovación y modificación de autorizaciones de residencia y trabajo, realizándose una regulación más diferenciada.

El empresario que pretenda contratar a un trabajador extranjero solo deberá presentar una única solicitud de autorización de residencia y trabajo y lo hará ante una única Administración a través del órgano que sea competente para su tramitación.

Asimismo, los interesados recibirán una única resolución en respuesta a su solicitud de autorización de residencia y trabajo, en la que se contendrán los procedimientos concretos de cada una de las Administraciones públicas.

## III. POSICIÓN JURÍDICA DE LOS EXTRANJEROS

Para examinar esta materia tenemos que distinguir dos grupos:

- 1.- El de los extranjeros comunitarios.
- 2.- El de los extranjeros no comunitarios.

## OPINIÓN

**L**a posición jurídica de los extranjeros representa uno de los temas claves en la actualidad y en los últimos meses ha sido objeto de una nueva regulación que, en mi opinión, era totalmente necesaria para su adaptación a las necesidades actuales. Las reformas vienen tipificadas en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, por la que se reforma la LO 4/2000, de 11 de enero, y que viene motivada por la evolución del fenómeno migratorio y la necesidad de adaptación a varias sentencias del TC y a las Directivas comunitarias sobre inmigración.

Los objetivos que se pretenden conseguir es adaptarla a las transformaciones sociales que se han producido, ya que la presencia de extranjeros en nuestro país, su integración y el exceso de mano de obra en un momento de crisis como el actual han motivado un fenómeno de regreso incentivado a los países de origen que demandaba una nueva regulación.

Se veía venir desde hace tiempo que el período de bonanza sobredimensionada iba a dejar paso a una situación como la actual. Por tanto, con esta modificación, se pretende perfilar lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros junto a las obligaciones que les corresponden. Se reconocen los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo de acceso a otros derechos reforzando su status jurídico a medida que aumenta el período de residencia legal.

Se pretende luchar contra la inmigración irregular y se introducen medidas, a mi entender, muy acertadas, como la creación de un registro para controlar las entradas y salidas; se pretende vincular la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, definiéndose de modo más preciso el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, pudiendo limitarse las autorizaciones iniciales a una determinada ocupación y ámbito territorial.

### 1. Extranjeros comunitarios

Son comunitarios los nacionales de los países miembros de la Unión Europea, equiparando a éstos, además, a los miembros de los Estados del Espacio Único Europeo, que son Noruega, Islandia, Liechtenstein y también los ciudadanos suizos.

Su régimen jurídico se encuentra en el art. 1.3 de la Ley de Extranjería (modificado en el 2009) que dice: «Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables».

El Tratado de Roma ya preveía la abolición entre los Estados miembros de los obstáculos que impidan la libre circulación de personas, iniciativa que fue ampliada por el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que crea el concepto de la ciudadanía de la Unión Europea, de la que forman parte todos los nacionales de los Estados miembros y les atribuye ciertos derechos, algunos de ellos predicados tradicionalmente solo de los nacionales:

— libertad de residencia y circulación;

— derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales;

— derecho de petición;

— derecho a protección diplomática de otro país de la UE.

Siempre que resulte de aplicación el Derecho comunitario entra en juego el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, por lo que en la práctica los ciudadanos europeos quedan asimilados a los españoles en el disfrute de los derechos fundamentales.

Los derechos de los ciudadanos comunitarios se han incluido posteriormente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, pasando del fracaso del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al posterior reconocimiento de su valor jurídico vinculante y su regulación en el Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa modifica el Tratado de la UE y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 2008, publicado en el BOE el día 27 de noviembre de 2009 y que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, interesando a estos efectos el art. 6 (4).

Como manifestación de todo ello en nuestro ordenamiento, el RD 240/2007, de 16 de febrero, regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de dichos ciudadanos que sean cónyuge, pareja estable o ascendientes o descendientes directos de ambos. Estos familiares, si pretenden permanecer o fijar su residencia en España, durante más de tres meses estarán obligados a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

La entrada en territorio español se efectuará con el pasaporte o documento de identidad válido y en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular ex art. 4.

El RD 240/2007 ha sido modificado por RD 116/2009, de 10 de julio. La modificación afecta a los ciudadanos de la Unión Europea nacionales de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen, ya que a sus familiares nacionales de terceros países no se les permite la entrada en España por las autoridades del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. En este sentido se modifica el art. 4.2. Con el nuevo contenido la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, exime a estos familiares de la obligación de la obtención de visado de entrada.

En los supuestos en los que la permanencia, cualquiera que sea su finalidad tenga una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de pasaporte o documento de identidad en vigor, en virtud de la cual se haya efectuado la entrada en territorio español.

Si la residencia es superior a tres meses, los interesados están obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretenden permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en

el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero y la fecha de registro. Junto con la solicitud de inscripción deberá presentarse el pasaporte o DNI válido y en vigor del solicitante.

### 2. Extranjero no comunitario

El TC, en sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, ha formulado una clasificación de los derechos en función de la participación que en los mismos tienen los extranjeros. Distinguimos los siguientes grupos:

A.- Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.

B.- Derechos que no se reconocen a los extranjeros.

C.- Derechos que se reconocen en los términos que establezca la Ley; son los «derechos de configuración legal» siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

D.- Derechos de asilo y de refugio.

Vamos a analizar cada uno de estos grupos:

A.- Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.

La STC 107/1984 ha señalado que existen «derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o... que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye el fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles».

El TC ha considerado, dentro de esta categoría de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, determinados derechos fundamentales: la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la libertad individual (art. 17) y la prohibición de discriminación del art. 14. Así, la STC 99/1985, de 30 de septiembre, declaró inconstitucional la Ley de asistencia jurídica gratuita que negaba este derecho a los extranjeros irregulares. La parte recurrida opuso un rechazo frontal al amparo de cualquier extranjero

dando por supuesto que la Constitución solo reconoce derechos fundamentales a los españoles. El Tribunal contestó que la Constitución es «obra de españoles», pero «no solo para los españoles» y procedió a otorgar el amparo.

Este criterio del TC se confirma en posteriores sentencias, como la 115/1987, de 7 de julio, y la 95/2003, de 22 de mayo.

B.- Derechos que no se reconocen a los extranjeros por estar vinculados a la pertenencia a la comunidad política.

Es el caso de los reconocidos en el art. 13.2 CE, según el cual solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o por Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Como sabemos, este apartado fue modificado el 27 de agosto de 1992 añadiendo las palabras «y pasivo», permitiendo que los ciudadanos de otros países sean elegibles en las elecciones municipales. Se trata de una reforma introducida como consecuencia de la necesidad de ratificar el Tratado de Maastricht y exigida para ello por el TC en su declaración de 1 de julio de 1992.

C.- Derechos que se reconocen en los términos que establezca la Ley, son los derechos «de configuración legal». El legislador no puede desconocerlos y debe respetar su contenido esencial, pero tiene un amplio margen de maniobra para regular su ejercicio y sujetarlo a límites, siempre justificados y para introducir un régimen de ejercicio diferente al de los españoles.

Estos derechos se hayan regulados en la LO 4/2000 modificada entre otras, por LO 2/2009, de 11 de diciembre. El régimen jurídico de los extranjeros se encuentra regulado en su Título II. Entre las reformas introducidas destacamos:

— el perfeccionamiento del estatuto de los residentes de larga duración;

— la lucha contra la inmigración irregular, con medidas como la creación de un registro para controlar las entradas y salidas;

— la vinculación de la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo, definiéndose de modo más preciso el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, pudiendo limitarse las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial;

— la integración de los menores extranjeros no acompañados.

El TC ha afirmado que los derechos de los extranjeros son de configuración legal, pero que ello no supone una desconstitucionalización de los mismos. El alcance de la remisión a la Ley fue abordado en STC 115/1987, de 7 de julio, en cuyos FJ 2.º y 3.º, la mayoría del Tribunal se inclina por una interpretación muy restrictiva del alcance de la cláusula que remite la regulación a la Ley, de tal modo que la misma solo permite diferencias de tratamiento en el ejercicio de determinados derechos, pero sin que se vea afectado el contenido esencial del derecho.

Para exponer su régimen jurídico vamos a analizar los siguientes puntos:

#### 1.- Situaciones en España

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad y de los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios ex art. 25. La Orden de 10 de mayo de 2007 desarrolla este artículo a efectos de acreditar medios de vida suficientes.

La LO 2/2009, de 11 de diciembre, añade un nuevo apartado 5 en el art. 25 en los siguientes términos: «La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal».

Los tipos de visado los regula el art. 25 bis y se prevé su desarrollo reglamentario. Los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán estar provistos de visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en su pasaporte o documento de viaje o en su caso en documento aparte, salvo normativa europea o convenio internacional. Pueden ser: de tránsito, de estancia, de residencia, de residencia y trabajo, de residencia y trabajo de temporada, de estudios y de investigación.

Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda.

Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33 para la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado (último inciso introducido en la modificación del 2009). Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia.

**La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Los extranjeros con dicha autorización vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio**

Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración (modificación 2009).

La residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.

La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles.

#### 2.- Derechos reconocidos

La Ley delimita una serie de derechos de los extranjeros, derechos que provienen, no ya de un reconocimiento legislativo particular, sino de la aplicación de los derechos fundamentales, por lo que el art. 3 de la Ley de Extranjería señala que los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I CE y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ma-

terias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Las modificaciones que se introducen en el 2009 en el Título I perfilan lo que debe ser el marco de derechos y libertades de los extranjeros, junto a las correspondientes obligaciones.

Se reconocen los derechos fundamentales a los extranjeros cualquiera que sea su situación en España, así como el establecimiento de un sistema progresivo a los otros derechos basado en el refuerzo del *status* jurídico a medida que aumenta el período de residencia legal.

Otros derechos que encontramos reconocidos en la Ley son los que se regulan en los arts. 4 y siguientes:

— Derecho a la documentación. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España. El párrafo 2 de este artículo se modifica en el siguiente sentido: «Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada».

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un período no superior a seis meses.

— Derecho a la libertad de circulación. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes.

— Participación pública. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones

municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley.

— Libertades de reunión, manifestación y asociación. Se modifican en el 2009 en el sentido de que los extranjeros tienen derecho de reunión y de asociación en las mismas condiciones que los españoles. Desaparece en ambos la exigencia de que solo podrán ser ejercidos cuando se obtenga autorización de estancia o residencia.

— Derecho a la educación. Los extranjeros menores de dieciséis años (antes eran dieciocho) tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria.

— Derecho al trabajo y a la seguridad social. Los extranjeros residentes (novedad 2009) que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la seguridad social, de conformidad con la legislación vigente. Los extranjeros podrán acceder al empleo público en los términos previstos en la L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

— Libertad de sindicación y huelga. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.

Los extranjeros podrán ejercer el derecho de huelga en las mismas condiciones que los españoles.

— Derecho a la asistencia sanitaria. La tienen los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, los extranjeros menores de dieciocho años y las embarazadas hasta el parto; los demás en caso de urgencia.

— Derechos en materia de vivienda. Los extranjeros residentes tienen derecho

a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

— Derecho a la asistencia jurídica gratuita. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

— Derecho a la intimidad familiar. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales suscritos por España. Su manifestación más importante es el derecho a reagrupar con ellos a sus familiares, regulado en el art. 17 y desarrollado en el RD de 30 de diciembre de 2004. Esta materia ha sido modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, el cambio fundamental que se introduce es que los beneficiarios de la reagrupación, en línea con lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, se acotan básicamente a los familiares que integran la familia nuclear; la novedad en este caso es que, dentro de esta categoría de familiares, se incluye a la pareja que tenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal y que a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. En cambio, esta reforma lleva a que la reagrupación de los ascendientes se limite, como norma general a los mayores de sesenta y cinco años, previendo que puedan existir razones humanitarias que la permitan con una edad inferior.

D.- Derecho de asilo y de refugio.

Existe un derecho que, dada su naturaleza, tiene como únicos titulares a los no nacionales o, como dice el art. 13.4 CE, a «los ciudadanos de otros países y los apátridas». Con relación a este derecho de asilo la CE hace una amplia remisión al legislador: «La Ley estable-

cerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España» (art. 13.4 CE).

Sobre la cuestión del derecho de asilo destacamos la STC 53/2002, de 27 de febrero: no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un mandato al legislador.

El régimen jurídico se encuentra tipificado en la L 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria que surge después de la última modificación por L 9/1994, de 19 de mayo, de la L 5/1984, de 26 de marzo, que había quedado obsoleta debido a la existencia en la actualidad de una política europea de asilo, que arranca con el Tratado de Ámsterdam de 1997 y que ha producido un extenso elenco de normas comunitarias que deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno y entre las que destacan:

— La Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.

— La Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas procedimentales.

— Y el Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados.

El objeto de esta Ley que desarrolla el art. 13.4 CE es establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y los apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

Concepto de derecho de asilo: es la protección dispensada a los nacionales no

comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado.

La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él.

La protección subsidiaria representa una de las novedades de la Ley y se regula siguiendo las mismas pautas utilizadas con el derecho de asilo. El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen, en el caso de los nacionales, o al de su anterior residencia habitual, en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir daños graves y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren acogerse a la protección del país de que se trate.

El procedimiento regulado es único para los dos tipos de protección, mejorándose las garantías de los solicitantes. Se incorpora también un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar, configurado como una alternativa a la extensión familiar de derecho de asilo. También hay un procedimiento único para la revocación y el cese de la protección internacional.

Como derechos garantizados destacamos los siguientes: el fundamental es el de la no devolución ni expulsión; la autorización de residencia y trabajo permanente; la expedición de documentos de identidad y viaje; el acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, a la vivienda, a la asistencia social y servicios sociales y a la seguridad social en las mismas condiciones que los españoles; la libertad de circulación y el mantenimiento de la unidad familiar. ■

## NOTAS

(1) Me gustaría agradecerle al profesor Dr. Don Juan Manuel Goig Martínez, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UNED, sus interesantes aportaciones y sugerencias que me han resultado de gran utilidad en la redacción de este artículo.

(2) BORRAJO INIESTA, I., «El status constitucional de los extranjeros» en Estudios sobre la CE. Homenaje al profesor García de Enterría, tomo II, editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 766:

«La fuerza integradora de la CE se hace sentir con una especial intensidad en el status jurídico de los extranjeros, que en virtud de su residencia en España, se incorporan de manera más o menos estable al ordenamiento nacional. Disfrutan de un elevado número de derechos fundamentales, todos los no reservados a los nacionales y el contenido de los mismos es en gran medida idéntico al de los españoles, el legislador solo puede modular su ejercicio, no negar su titularidad y solo en sus aspectos no esenciales».

(3) GOIG MARTÍNEZ, J. M., Dogmática y práctica de los derechos fundamentales, coordinado por Santiago Sánchez González, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 486.

(4) Artículo 6: «1.- La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea... la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como

se definen en los tratados. 2.- La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los tratados. 3.- Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales».

## Tribunal Supremo

TS Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Pleno, S 20 Abr. 2010

Ponente: Trillo Torres, Ramón.

LA LEY 34238/2010

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

# Caso «Mari Luz»: confirmación de la multa impuesta al magistrado por retraso injustificado en la tramitación de la ejecutoria de condena que pesaba contra el presunto asesino de la niña

### RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo desestima los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que impuso una sanción de multa de 1.500 euros a un magistrado, por la comisión de una falta grave de retraso en la tramitación de los procesos, confirmando en su integridad el acto administrativo impugnado.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 2, 165, 174.1, 176 y 418.11 LOPJ (LA LEY 1694/1985); arts. 25.2 y 117.3 CE (LA LEY 2500/1978).

## sumario

**JUECES Y MAGISTRADOS.—Régimen disciplinario.—Falta grave de retraso en la tramitación de una ejecutoria penal para el cumplimiento de pena privativa de libertad.—Culpa *in vigilando* del magistrado sancionado ante la no adopción de mecanismos de supervisión o control de la ejecutoria en cuestión.—Existencia de cierta alarma social ante la circunstancia de que los condenados no cumplan las penas de manera inmediata.**

En el caso, ha de confirmarse la sanción de 1.500 euros de multa impuesta al magistrado recurrente por la comisión de una falta grave de retraso del art. 418.11 LOPJ, en la tramitación de la ejecutoria de una sentencia que condenaba pena privativa de libertad. Es precisamente el carácter de la pena objeto de la ejecutoria y sus fines constitucionalmente asignados lo que impide al juez penal, bajo el pretexto de haber ordenado proceder a su cumplimiento, desvincularse por completo de las incidencias que puedan acaecer en el procedimiento hasta su efectiva y real consumación, imponiéndole un específico deber de control, que genéricamente le corresponde en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Resulta imputable al magistrado el retraso que se produjo en la tramitación de la ejecutoria, no sólo en cuanto no se consiguió el inicio del efectivo cumplimiento de la pena de prisión acordada hasta transcurridos más de 2 años desde la incoación de la ejecutoria, sino además, porque se produjeron en ella 2 paralizaciones temporalmente relevantes que evidencian la falta de control que constituye el motivo del reproche y el carácter grave del mismo. No es posible encajar la conducta atribuida al magistrado sancionado en la falta leve del art. 419.3 LOPJ, por existir un obstáculo que lo impide, como es el relativo a la entidad del retraso, derivada de los periodos de paralización del procedimiento, así como la naturaleza y objeto del mismo, constituido por el cumplimiento de una pena de prisión, que no permiten calificar el retraso como de escasa entidad. La realización del valor «justicia» exige que las penas privativas de libertad, una vez firmes, se ejecuten de forma inmediata. Efectivamente, el retraso en la ejecución no solo dificulta la real y eficaz satisfacción de los fines de prevención que, en particular, dichas penas tienen encomendadas, sino que genera una cierta alarma social al constatar la ciudadanía que pese a la sentencia firme, el condenado no la cumple de manera inmediata, quebrándose la confianza social en la eficacia del sistema judicial como instrumento de pacificación y resolución de conflictos.

## Tribunal Supremo

TS Sala Segunda, de lo Penal, S 25 Abr. 2010

Ponente: Jorge Barreiro, Alberto Gumersindo.

LA LEY 76128/2010

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

# Colaboración con organización terrorista: absolución de la acusada que presta apoyo a un militante anarquista insurreccionalista al no probarse la pertenencia de éste en banda armada

### RESUMEN DEL FALLO:

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AN que condenó a la acusada como autora de un delito intentado de colaboración con organización terrorista, revocando su fallo y absolviéndola del delito imputado.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Arts. 576 y 577 CP 1995 (LA LEY 3996/1995).

## sumario

**COLABORACIÓN CON ORGANIZACIÓN TERRORISTA.—Absolución de la acusada que prestó apoyo a un amigo anarquista insurreccionalista del que no se ha acreditado su pertenencia a un grupo terrorista.—Concepto de grupo organizado que integra el tipo del art. 576 CP.**

En el caso, la Sala discrepa del criterio del Tribunal de instancia que consideró que la acusada intentó colaborar con un grupo terrorista —fue condenada por tentativa de colaboración con organización terrorista—, y ello por no constar probado que haya contactado con un grupo u organización terrorista ni que haya intentado colaborar con un grupo de esa naturaleza, sino que lo realmente acreditado es que contactó con un amigo de ideología anarquista y a favor de la lucha contra el Estado y sus instituciones, que se dedicaba a realizar actos incendiarios con fines terroristas, pero no su integración, con lo cual no se darían los elementos objetivos del tipo del art. 576 CP 1995. En la causa no figuran elementos probatorios que evidencien que aquél estuviera integrado en un grupo formado por una pluralidad de personas que se hallaran vinculadas entre ellas por relaciones de jerarquía y subordinación, y tampoco obran en la causa datos que revelen la existencia de una estructura compleja con distribución de funciones y de tareas encauzadas a los fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Es más, en la propia sentencia impugnada se afirma que ése amigo y otros tres sujetos italianos «forman un grupo con estructuración horizontal y no jerarquizada», con lo cual en cierto modo se está excluyendo la subsunción de la conducta en el concepto de grupo organizado que acoge la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS. Además las sentencias de la jurisdicción italiana absolviéron del delito de asociación subversiva con fines terroristas a la persona con la que contactaba la acusada, para quien preparaba la información y documentación intervenida. Con tales antecedentes jurisdiccionales, se incurriría en una contradicción en el caso de que, sin los elementos de prueba de primera mano con que contaron los tribunales italianos, se concluyera afirmando sin prueba para ello que sí se dan los presupuestos fácticos de grupo u organización armada.

**El tipo del art. 576 CP no se aplica a la colaboración con personas cuya conducta sea subsumible en el art. 577 CP («terrorismo individual»).—El amigo de la acusada había sido condenado en Italia por un delito de**

## daños con finalidad terrorista, pero absuelto del delito de asociación subversiva con fines terroristas.

Excluida la verificación probatoria de que la persona con la que la acusada colaboraba se encontraba integrada en una asociación, grupo u organización terrorista, la conducta de este sujeto, consistente en causar daños por el procedimiento de incendiar bienes en las vías públicas con fines terroristas, habría de integrarse hipotéticamente en el art. 577 CP 1995. Y tampoco ello sería suficiente para condenar a la acusada como colaboradora con el delito de terrorismo, ya que su colaboración se referiría siempre a una actuación terrorista subsumible en el art. 577 CP, precepto que queda fuera del delito de colaboración con actos terroristas, pues ésta se refiere siempre a personas que actúan en grupos, bandas o organizaciones estructuradas y jerarquizadas, y no a sujetos que actúan individualmente o fuera de un grupo con tales características. Este precepto tipifica a partir del CP 1995 lo que se conoce como «terrorismo individual», ampliándose así el concepto de terrorismo, que hasta ese momento comprendía legalmente sólo las acciones ejecutadas por organizaciones, bandas o grupos, pues se consideraba que el terrorismo era un fenómeno esencialmente colectivo. En nuestra jurisprudencia el precepto más que aplicarse a sujetos que realizan actos terroristas de forma individual o aislada, viene operando con relación a sujetos que se integran en colectivos o grupos próximos a organizaciones auténticamente terroristas, a las que vienen a apoyar pero sin que conste su integración en ellas. Pero con respecto a esta nueva figura penal no contempla nuestro texto punitivo un tipo penal de colaboración como el del art. 576 CP 1995, precepto que sólo está referido a conductas consistentes en poner a disposición de una organización, banda o grupo terrorista informaciones, medios económicos y de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que aquélla obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa.

### Tribunal Superior de Justicia de Galicia

TSJGA Sala de lo Social, S 10 Mar. 2010  
Ponente: Ron Latas, Ricardo Pedro.

LA LEY 37370/2010

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

## «Mobbing subjetivo» que no justifica la extinción del contrato por voluntad del trabajador con base en un incumplimiento contractual del empleador

### RESUMEN DEL FALLO:

El TSJ Galicia desestima los recursos de suplicación interpuestos contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo que desestima la demanda formulada por el trabajador para la extinción de su contrato de trabajo por la existencia de acoso laboral.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Art. 15 CE (LA LEY 2500/1978); arts. 4.2.e, 20 y 50.1.c ET 1995 (LA LEY 1270/1995); arts. 97.2 y 194 TR LPL (LA LEY 1444/1995).

### sumario

ACOSO LABORAL.—Inexistencia.—Falta de acreditación de un hostigamiento dirigido al trabajador.—Existencia de un mobbing subjetivo o

## de una situación de stress laboral o de «burn out», derivada del clima de tensión que se vive en la empresa.

En el supuesto de autos, no puede sostenerse la existencia de un acoso laboral como el pretendido, pues no hay datos que apunten a una situación de hostigamiento con presencia de elementos objetivos y subjetivos. Más bien, se aprecia la existencia de un mobbing subjetivo, habida cuenta el hecho de que a lo largo de más de 3 años, no llegan a media docena las situaciones que, acreditadas en la sentencia de instancia, pudieran dar lugar a la presencia de mobbing, entrando la mayoría de ellas dentro de lo que son facultades propias del ius variandi empresarial. Por tanto, los elementos objetivos y subjetivos presentes en el pleito, permiten hablar de un mobbing subjetivo, y, en último caso, de una situación de stress laboral o de burn-out que pudiera estar derivado del defectuoso ejercicio de la facultades empresariales de dirección, habida cuenta el clima de tensión en la empresa, pero en ningún caso puede entenderse acreditada la presencia de una situación de mobbing en la persona del trabajador.

### Juzgado de Primera Instancia

JPI núm. 4 Alcoy, S 15 Abr. 2010

LA LEY 34192/2010

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

## Cuantiosa indemnización por daños y perjuicios derivados de tratamiento de inseminación artificial

### RESUMEN DEL FALLO:

El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alcoy estima parcialmente la demanda formulada por un matrimonio con base en la sentencia de apelación que condenó a un ginecólogo a indemnizar a la demandante por los daños y perjuicios derivados del tratamiento de inseminación artificial al que se sometió difiriendo la cuantificación de la indemnización a un proceso posterior, y condena a dicho demandado a indemnizar a la actora con 814.932,94 euros y a su marido con 130.525,50.

### DISPOSICIONES APLICADAS:

Anexo. LRCS 2004 (LA LEY 1459/2004); art. 222.4 LEC (LA LEY 58/2000).

### sumario

RESPONSABILIDAD CIVIL.—Médicos.—Tetraparesia tras tratamiento de inseminación artificial.—Indemnización.—Cuantía.—Partidas indemnizables.—Lesiones temporales y permanentes e indemnización básica por incapacidad permanente absoluta con gran invalidez.

En el caso, ha de determinarse la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho el matrimonio actor y que se solicita con base en la AP Alicante S 23 Oct. 2007, en virtud de la cual se condenaba al ginecólogo demandado a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados a ésta —sufre tetraparesia— como consecuencia de la mala praxis médica en el tratamiento de inseminación artificial llevado a cabo en abril de 2005, dejando diferida la cuantificación de la indemnización a un proceso posterior. Pues bien, postulada la aplicación del baremo establecido en el Anexo LRCS 2004 (LA LEY 1459/2004), y no oponiéndose el demandado a su aplicación analógica, se va a aplicar el mismo de forma orientativa, dado que no tiene naturaleza vinculante al caso de autos. Ello así, y examinando las distintas partidas indemnizatorias cuyo resarcimiento se interesa, ha de señalarse lo siguiente: a) en cuanto a las lesiones temporales, al coincidir en esta partida los dos informes periciales que valoran el daño corporal sufrido por la actora, procede aprobar sin más la cantidad solicitada, cifrada en 32.655,59 euros —110 días

de estancia hospitalaria a razón de 64,57 euros, más 487 días impeditivos a razón de 52,47 euros—; b) respecto a las lesiones permanentes, procede también aprobar la cantidad interesada, concretada en 316.229,80 euros —100 puntos por perjuicio fisiológico a razón de 10.890,81 euros por punto, más 24 puntos por perjuicio estético a razón de 1.131,20 euros por punto—, pues por lo que se refiere al perjuicio estético ambos peritos coinciden en dotarle de la mayor puntuación, y en cuanto al fisiológico, teniendo en cuenta que el baremo establece como tope máximo el de 100 puntos, se debe dar la máxima puntuación, dado que la actora presenta una tetraparesia espástica que le ocasiona muy importantes limitaciones en su vida diaria que ha determinado una incapacidad permanente absoluta con gran invalidez para el INSS y una minusvalía del 75% con necesidad de ayuda de tercera persona, y c) en relación con la indemnización básica por incapacidad absoluta en grado de gran invalidez, atendiendo a la edad de la actora —nació en 1970— y a las limitaciones reflejadas por los peritos en sus informes, procede fijar la cantidad máxima de 344.633,51 euros según el baremo.

#### Factores de corrección a las lesiones.—Perjuicios morales de familiares.

Ha de concretarse en el supuesto examinado, mediante la aplicación orientativa del baremo establecido en el Anexo LRCS 2004 (LA LEY. 1459/2004), la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho el matrimonio actor y que se solicita con base en la AP Alicante S 23 Oct. 2007, en virtud de la cual se condenaba al ginecólogo demandado a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados a ésta —sufre tetraparesia espástica— como consecuencia de la mala praxis médica en el tratamiento de inseminación artificial llevado a cabo en abril de 2005, dejando diferida la cuantificación de la indemnización a un proceso posterior. Aprobadas unas partidas de 32.655,59 euros y 316.229,80 euros por las lesiones temporales y permanentes, respectivamente, la actora solicita la aplicación a dichas lesiones de los siguientes factores de corrección: a) perjuicio económico según ingresos anuales de la víctima —13%—, subtotal 49.600,32 euros: hay que estar en este punto a los ingresos netos anuales procedentes de rendimientos del trabajo, y por lo que respecta a la renta del año 2006, éstos no superaron los 26.209,38 euros, por lo que procede aplicar únicamente el 10%, si bien a los días de incapacidad y a las secuelas, al haberse acreditado los ingresos de la lesionada, habiendo de fijarse en consecuencia el subtotal de 34.888,54 euros, y b) daños morales complementarios, subtotal 76.000 euros: procede fijar la cantidad interesada desde el momento en que consta una secuela que supera el límite de puntos indicado en el baremo, al margen de que cuando ocurrieron los hechos, la actora tenía 35 años, viendo así frustrada toda su proyección profesional, de ocio, expectativas matrimoniales y familiares. Por otro lado, han de aprobarse los 120.000 euros solicitados en concepto de perjuicios morales de familiares, dado que la situación actual de la actora ha condicionado de forma decisiva la vida de las personas que la rodean, no ya de su cónyuge, quien con independencia del cambio de trabajo ha tenido que planificar de nuevo la vida familiar, sino del resto de la familia más próxima, si bien el único beneficiario de esta partida es dicho cónyuge, pues ha sido el único familiar que ha accionado en el procedimiento.

#### Partidas rechazadas.

En el caso, se trata de determinar a través de la aplicación orientativa del baremo establecido en el Anexo LRCS 2004 (LA LEY. 1459/2004) la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho el matrimonio actor y que se solicita con base en la AP Alicante S 23 Oct. 2007, en virtud de la cual se condenaba al ginecólogo demandado a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados a ésta —padece tetraparesia espástica— como consecuencia de la mala praxis médica en el tratamiento de inseminación artificial llevado a cabo en abril de 2005, dejando diferida la cuantificación de la indemnización a un proceso posterior. Pues bien, de las partidas indemnizatorias interesadas deben rechazarse las siguientes: a) necesidad de ayuda de otra persona: está ya incluida en el punto relativo a la indemnización básica por incapacidad absoluta con gran invalidez; b) adecuación de vivienda y de vehículo: nada se ha acreditado al respecto; c) pérdida de la posibilidad de tener hijos: la parte demandante formula esta petición al amparo del factor de corrección



que contempla el baremo para el caso de embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente, y cuando la lesionada se encontrara a partir del tercer mes de gestación. No procede dicha aplicación analógica toda vez que lo que indemniza el baremo es la pérdida del feto —de donde se desprende que existe gestación, extremo no acontecido en el caso— y no una expectativa futura, al margen de que no se ha acreditado con la debida claridad que las lesiones que sufre la actora la incapaciten para la concepción; d) gastos de rehabilitación que deberá tener la demandante a lo largo de toda su vida: la cuantificación de esta partida se basa en una suposición o conjetura y es la esperanza de vida de la demandante. Así formulada la petición procede rechazarla, al margen de que al indemnizarse por secuelas —alcanzándose la sanidad por la consolidación de las lesiones— se atendería al pago de estas cantidades indemnizando con el concepto de secuelas, y e) gastos de asistencia de tercera persona que deberá tener la actora a lo largo de toda su vida: se rechaza la petición al estar ya incluida en el punto referido a la indemnización básica, al margen de fundamentarse en una suposición o conjetura como es la esperanza de vida de la demandante.

#### Gastos de fisioterapia, rehabilitación y médicos.—Atribución por mitad a los dos cónyuges demandantes.

En el supuesto de autos, en el que se trata de determinar la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho el matrimonio actor y que se solicita con base en la AP Alicante S 23 Oct. 2007, en virtud de la cual se condenaba al ginecólogo demandado a indemnizar a la actora por los daños y perjuicios causados a ésta —sufre tetraparesia espástica— como consecuencia de la mala praxis médica en el tratamiento de inseminación artificial llevado a cabo en abril de 2005, dejando diferida la cuantificación de la indemnización a un proceso posterior, para cuantificar la partida reclamada relativa a gastos de fisioterapia, rehabilitación y médicos hay que estar al punto 6 del ap. 1.º del Anexo LRCS 2004 (LA LEY. 1459/2004), donde se indica que «Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria en la cuantía necesaria hasta la sanación o consolidación de secuelas, siempre que el gasto esté debidamente justificado atendiendo a la naturaleza de la asistencia prestada». Para ello es preciso partir de los conceptos de período de sanidad, consolidación de las lesiones y establecer la distinción entre tratamiento médico curativo y paliativo. A efectos indemnizatorios, deben tenerse por estabilizadas las lesiones cuando ya el tratamiento médico no se revela eficaz para sanar —es decir, no tiene naturaleza curativa sino paliativa— y puede valorarse una secuela. En el caso, las partes están conformes con el período de sanidad, con lo que todos aquellos gastos que se reclamen con posterioridad a la fecha fijada como de «sanidad», a saber, el 16 Dic. 2006, no podrán ser objeto de indemnización, al ser ya resarcidos vía secuela. Así las cosas, la partida en cuestión debe fijarse en 21.051 euros, la cual corresponde por mitad a los cónyuges demandantes, al no haberse acreditado cuál de ellos hizo frente a su pago y con cargo a qué bienes. ■



## rincón

### DELECTURA



LA LEY 271/2010

## La medida cautelar de suspensión de la ejecución de actos y disposiciones en el proceso administrativo

Autor: Francisco Javier GARCÍA GIL

Editorial: LA LEY, 2010

Págs.: 920

**E**s oportuna una obra de estas características en el Derecho español. Los libros sobre medidas cautelares en el proceso administrativo tuvieron especial impacto hace un par de décadas cuando una atenta doctrina advirtió de la importancia de las medidas cautelares en el proceso administrativo. En tal momento, irrumpieron publicaciones importantes en la materia, con un enfoque evidentemente más doctrinal o general, desarrollando los postulados esenciales de las cautelares a efectos de su mayor arraigo procesal.

Sin embargo, tras ese momento estelar inicial no había vuelto a publicarse libros completos sobre esta materia tan importante de los contenciosos. En este contexto, la presente obra tiene poco que ver con aquellos planteamientos doctrinales generales, ya que el interés de este libro está en la segunda parte, que ocupa prácticamente la totalidad de la obra, dedicada a los supuestos específicos de adopción y denegación de la medida cautelar de suspensión. Ya en publicaciones precedentes, en aquel contexto general doctrinal, quien escribe esta reseña intentó poner de manifiesto que lo importante en la justicia cautelar no era la dogmática general, considerando que la jurisprudencia tenía concretos y asentados criterios para cada uno de los ámbitos de actuación de la Administración.

En efecto, aunque cambiaba la Ley el conocimiento de los criterios jurisprudenciales era lo realmente importante, y en este sentido la obra de GARCÍA GIL profundiza en este método, que es el acertado y correcto, de estudiar cuáles son los criterios concretos de las cautelares suspensivas en cada uno de los ámbitos de actuación administrativa que, a la postre, como decimos, es lo que importa.

De poco vale profundizar en asertos generales sobre las cautelares si después se olvida el conocimiento de cuál es el criterio concreto que rige en materia cautelar en el ámbito concreto que importa. Éste es indudablemente el gran interés de esta obra, que de forma actualizada nos aporta este conocimiento tan útil para cuando uno tiene que saber cuál es el criterio concreto de las cautelares en extranjería, en aguas, en derribos, en retirada de permisos de circulación, en sanciones, etc., pues, aunque alguien piense lo contrario, lo que importa es conocer la línea jurisprudencial que se sigue en cada sector.

El punto débil de la obra sería acaso un pequeño esfuerzo adicional de sistemática y de aportar los criterios rectores en cada ámbito de actuación, lejos de presentar sentencias sin ningún tipo de apunte o elaboración sobre los criterios que se deducen de la jurisprudencia estudiada, así como un cierto descuido de ciertos autores en las citas de la obra. Por otro lado, capítulos como el de las fianzas y cautelas, tan decisivos en la práctica, no están bien abordados y sería necesario que alguien estudiara esta perspectiva con mayor profundidad, pues hace falta un estudio sobre el particular. Tampoco se trata la cautelar positiva si bien, en este punto, no es ésta el objeto de la obra.

En fin, hacía falta una publicación de estas características profundizando en la línea que realmente importa a los juristas, que es el conocimiento de los criterios operativos en cada uno de los sectores de actuación de la Administración. ■

Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ  
 Catedrático de Derecho administrativo

#### PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)  
 Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233  
 e-mail: nbascones@laley.wke.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Fernando González Serrano, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Emérita Cerro Durán, Álvaro González Gómez, Olga López Yepes, Javier Docasar, José Medina García, Ramón Zapata Juliá

PRODUCCIÓN GRÁFICA: Eva Arroyo Fraiz, Silvia Mulet París, M.ª Antonia Castedo Cotrina, Gloria Lozano Serradilla, Diana Moya Rodríguez, Laura Usera Macías

IMPRESA: Grefol, S.L. Polígono 2 - La Fuensanta 28936 Móstoles (Madrid)

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).