

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO

I. Comentario general de doctrina legal: Sobre la posibilidad de reclamar créditos tributarios comprendidos en la responsabilidad civil derivada de delito en la vía judicial civil.- II. Doctrina legal del Consejo de Estado.

#### I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

Procede examinar la cuestión de si cabe que la Agencia Tributaria –como está haciendo– reclame en vía civil el importe de intereses tributarios que no fueron reclamados en vía penal, junto con la deuda principal, en el caso de procedimientos seguidos por delitos contra la Hacienda Pública. La cuestión aboca a un problema de la naturaleza del crédito reclamado. Además, no es baladí, por cuanto si se considera que el crédito es civil y cabe reclamarlo en vía judicial ordinaria, los plazos de prescripción son los civiles de quince –ahora cinco años y no los tributarios cuatro años–.

El análisis requiere partir del concepto de responsabilidad civil derivada de delito. Como es sabido, el artículo 116 del Código Penal establece que «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios».

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada delito tienen distinta naturaleza según afirman, con criterio unánime, tanto la doc-

trina científica civilista y penalista. Así lo ha declarado también el Tribunal Constitucional en Sentencias 33/1992, de 18 de marzo, y 316/1996, de 28 de noviembre, señalando que la segunda tiene un contenido exclusivamente patrimonial y, por ende, completamente civil.

En el proceso penal, la responsabilidad civil se define como la obligación que tiene el autor de un delito o falta, de reparar económicamente los daños y perjuicios causados o derivados de su infracción. Su finalidad es compensar a la víctima por los daños causados por lo que persigue un interés privado. La víctima del delito y beneficiario de la indemnización puede renunciar a ella siempre que no se atente contra el interés u orden público, ni perjudique a terceros. La responsabilidad penal tiene, por su parte, como objeto sancionar la conducta del responsable; no la de indemnizar los daños causados.

La reparación del daño ocasionado puede consistir con carácter en obligaciones de dar, hacer o no hacer algo. Estas serán determinadas por el juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable.

La indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros.

Si la víctima, por medio de su conducta, hubiera contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, puede disminuir el importe de su indemnización.

El perjudicado por el delito puede optar por exigir la responsabilidad derivada del mismo en la vía penal –pudiendo ser cuantificada en la sentencia que ponga fin al procedimiento– o por la vía civil –en cuyo caso será necesario ejercer nuevas acciones ante los tribunales civiles–.

La acción de responsabilidad civil puede transmitirse a terceros, por ejemplo, a los herederos.

Como se ha dicho, es unánime el criterio que sostiene que la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito son instituciones absolutamente distintas.

Sin embargo, no hay esa misma unanimidad a la hora de determinar la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito. Se discute si esta responsabilidad civil derivada de delito es la misma que la responsabilidad civil meramente extracontractual contemplada en el artículo 1902 del Código Civil o, por el contrario, es distinta de esta, constituyendo una categoría diferenciada.

En todos los ordenamientos jurídicos europeos se da una absoluta identidad entre dicha responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil extracontractual (Gómez Calle, E.; «Responsabilidad civil extra-

contractual» en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pág. 285). Una y otra es la misma institución.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, la cuestión no está clara. Ello es consecuencia de que el Código Penal contiene normas sustantivas relativas a la institución de la responsabilidad civil derivada del delito, que hacen dudar sobre si se trata de la misma figura o son dos distintas.

El artículo 1092 del Código Civil establece que «*las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*». La remisión a la legislación penal está referida a los artículos 109 a 122 del Código Penal vigentes (antiguos 19 a 22 del Código Penal). En estos preceptos se encuentra la regulación de la denominada responsabilidad civil *ex delicto* y, procesalmente, con lo dispuesto en los artículos 100 y 107 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se contienen las normas reguladoras del ejercicio de la acción civil derivada del delito. Por su parte, el artículo 1093 del Código Civil dispone que «*las obligaciones que se deriven de actos u omisiones no penadas por la ley quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro*»; es decir, al artículo 1902 y siguientes del Código Civil. Así las cosas, parece que la responsabilidad civil derivada de delito se rige por las disposiciones del Código Penal según el artículo 1092 del Código Civil y la responsabilidad civil derivada de actuaciones que, aun cuando sean antijurídicas, no constituyen infracción penal se rige por el artículo 1902 del Código Civil –según previsión del artículo 1093 del mismo cuerpo legal–.

Afirma Casino Rubio (*Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Barcelona, 1998, pág. 195) que la inclusión en el Código Penal de normas sustantivas en materia de responsabilidad civil es un fenómeno desconocido en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno más inmediato. Esta doble regulación del régimen de responsabilidad en nuestro sistema según proceda de un ilícito penal o de un ilícito civil obedece, no tanto a un deliberado propósito del legislador por establecer dos regímenes diferenciados, sino a una desacertada técnica legislativa y, en todo caso, a una simple razón histórica (Díaz Alabart, S.; «La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 798). En efecto, al promulgarse el Código Penal de 1870, el legislador creyó conveniente introducir en su articulado algunas normas que viniesen a regular la responsabilidad por daños derivados de delito o faltas. Ello lo hizo para sustituir el confuso régimen de las vetustas acciones romanas hasta entonces aplicables. La inclusión se hizo con carácter provisional, hasta tanto el Código Civil –pendiente de elaboración entonces– viera la luz. Ahora bien, contra todo pronóstico, una vez promul-

gado el Código Civil en 1889, este no solo conservó las normas penales en materia de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal sino que incluso consagró esa doble regulación en los artículos 1092 y 1093, otorgando carta de naturaleza a la situación actual (Martínez Novella, S.; «La responsabilidad civil de la Administración derivada de acciones penales», en *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2009, pág.207).

Con estos antecedentes, la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en dos sentidos sobre la cuestión de si la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil extracontractual son la misma institución o no lo son.

Para unos, la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad civil extracontractual son instituciones completamente distintas. Es la postura sostenida hoy en día por un sector minoritario de la doctrina científica (Bustos Lago, J.M.; *El responsable civil en el proceso penal en la perspectiva de la reforma penal; modelos comparados y problemas del vigente sistema de acumulación potestativa*, Pamplona, 2004) y unánimemente por la Sala Primera del Tribunal Supremo (por todas las sentencias de 28 de noviembre de 1992 y 23 de marzo de 1998). Para esta opinión, la responsabilidad civil derivada de delito tiene sustantividad propia frente a la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y también frente a otros regímenes de responsabilidad (como es el caso de la responsabilidad administrativa prevista en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Además, los defensores de este criterio consideran que el plazo de prescripción de la acción para exigir esta responsabilidad civil derivada de delito es de quince años conforme al artículo 1964 del Código Civil (hoy sería de cinco años según el artículo 1964.2, para las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 42/2015, de 5 de octubre).

Para otros autores, por el contrario, la doble regulación de la materia de la responsabilidad civil en los Códigos Penal y Civil no es prueba de la existencia de dos instituciones diferentes, cada una con su régimen específico propio. Para estos, se impone una misma conclusión: ambas responsabilidades tienen un único y verdadero fundamento. En concreto, es la necesidad de reparar un daño patrimonial. Ambas responsabilidades son la misma institución. La doble regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico es –dicen estos autores– «irracional» (Lacruz Berdejo), «de absoluto sin sentido» (Pantaleón Prieto), «un error garrafal» (Izquierdo Tolsada), «extraordinariamente perturbadora y atentatoria contra la seguridad jurídica» (Ruiz Vadillo) y «causa de muchos y graves problemas» (Díaz

Alabart). Así lo recoge Casino Rubio en el trabajo antes citado. Por consiguiente, la responsabilidad civil derivada de delito no es sino un cauce especial, existente por razones de economía procesal, para exigir la responsabilidad civil al tiempo que se ejercita la acción penal –evitando así un pleito civil después del procedimiento penal–. No es más que un cauce para ejercer una acción de resarcimiento, de manera que la acción civil se rige siempre por la regulación propia y específica que corresponda conforme a su naturaleza (el Código Civil si es civil extracontractual; la Ley 30/1992, si es administrativa; la legislación específica propia en los demás casos; y, en materia tributaria, por las normas reguladoras de esta).

A la vista de lo expuesto, si se atiende al criterio sustentado mayoritariamente por la jurisprudencia y, en especial, de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declara que la responsabilidad civil derivada de delito es una institución distinta de la responsabilidad extracontractual, las demandas interpuestas por la Agencia Tributaria contra determinados deudores en reclamación de intereses no exigidos en la vía penal –y aun después– están correctamente planteadas ante la Jurisdicción Civil –que sería competente para conocer del pleito–. La Agencia Tributaria puede reclamar el importe de los intereses adeudados mediante un procedimiento civil puesto que el crédito –en que dichos intereses consisten– tiene carácter civil –no tributario– y, de ordinario, no está prescrito al serle de aplicación el artículo 1964 del Código Civil –que establecía el plazo de prescripción de quince años–, no obstante haber transcurrido el plazo de cuatro años instituido en la legislación tributaria.

En efecto, una cuestión análoga a la examinada ha sido resuelta por el Tribunal Supremo. En concreto, La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2013, al resolver el Recurso 29/2013, solventó en sentido afirmativo la cuestión de si la responsabilidad civil en los delitos fiscales debía incluir o no el abono de los intereses de demora y declaró que el plazo de prescripción aplicable para reclamarlos era de quince años. Se basó para ello en la siguiente argumentación:

«En primer lugar las dudas doctrinales y jurisprudenciales que pudieran existir se han aclarado por el propio legislador. La reforma penal de 2010, ha establecido, sin duda de ninguna clase, que “la responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria... incluidos sus intereses de demora” (art. 305 5º CP), y esta inclusión se reitera en la redacción actual del precepto, en el apartado 7º del citado art. 305».

«Asimismo la disposición adicional décima de la Ley General Tributaria dispone que “En los procedimientos por delito contra la Ha-

cienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio».

«En segundo lugar, en relación con los supuestos anteriores a la reforma legal, es obvio que la regla debe ser la misma. En efecto la doctrina de esta Sala ha recordado con reiteración el carácter de norma penal parcialmente en blanco del delito fiscal, que debe complementarse en el ámbito sustantivo por remisión a la normativa tributaria. Y si esta remisión debe ser aplicada para la determinación de la cuota tributaria defraudada, es lógico que deba igualmente aplicarse a la hora de determinar el interés que el defraudador debe abonar desde el vencimiento de la deuda tributaria impagada».

«Pues bien, en este aspecto, la normativa tributaria es muy clara. El artículo 58 de la LGT establece que la deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta, incluyendo, entre otras magnitudes, el interés de demora. La Ley 58/2003 excluye expresamente del concepto deuda tributaria a las sanciones, por lo que no debe atribuirse a los intereses de demora naturaleza sancionatoria».

«El interés de demora se encuentra definido por el artículo 26 de la LGT como “una prestación accesoria que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria, del cobro de una devolución improcedente o en el resto de casos previstos en la normativa tributaria”».

«El interés de demora será el interés legal del dinero vigente a lo largo del periodo en el que aquel resulte exigible, incrementado en un 25%, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente».

«Y, en tercer lugar, no cabe apreciar razón alguna por la que los delincuentes fiscales deban resultar privilegiados en el abono de los intereses de su deuda tributaria respecto de cualesquiera otros deudores tributarios, que pese a no haber cometido delito alguno, están legalmente obligados al abono de intereses de demora caso de retrasarse en el pago».

Por tanto, como dice la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 55 de Madrid, de 6 de julio de 2013, «si los intereses de demora

son exigibles como indemnización de la responsabilidad civil derivada de los delitos fiscales, tal como declara la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ello puede hacerse tanto mediante la acción de responsabilidad civil ejercitada en el mismo proceso penal, como mediante la acción de responsabilidad civil ejercitada en el proceso civil posterior al penal tras haberse reservado el perjudicado la acción civil en aplicación de los arts. 111 y 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», que es lo que hace la Agencia Tributaria.

Ahora bien, frente a lo expuesto, el planteamiento sustentado por la jurisprudencia no es tan palmario como se pretende. Cabe sostener con fundamento que las demandas presentadas por la Agencia Tributaria no pueden ser resueltas por la jurisdicción ordinaria por implicar la reclamación de una cantidad que tiene la consideración de un crédito de derecho público, al tratarse de unos intereses tributarios, sujetos al derecho tributario y al plazo de prescripción de cuatro años establecido en la Ley General Presupuestaria y en la Ley General Tributaria.

En concreto, el cobro de dichos intereses solo puede llevarse a cabo mediante el correspondiente procedimiento administrativo de recaudación y que el conocimiento de estas cuestiones corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa. Para ello, hay que partir del planteamiento de que la responsabilidad civil derivada de delito es un cauce para exigir los daños y no constituye una institución sustantiva diferenciada como ha puesto de manifiesto la doctrina (Sanz Díaz, J.A.; «Consideraciones sobre la responsabilidad civil por delito fiscal en el derecho penal» en *Deuda tributaria y responsabilidad civil por delito fiscal*, Barcelona, 2009, pág. 249 y ss. y Coloma Chicot, J.A.; *La responsabilidad civil en el delito fiscal*, Barcelona, 2000).

La aplicación de lo expuesto al ámbito tributario comporta que la exigencia de los tributos y de sus intereses se rige siempre por las disposiciones tributarias y, por consiguiente, que su régimen de prescripción es el de los tributos. Así lo ha sostenido la Audiencia Provincial de Barcelona en las sentencias de 25 de julio y 26 de septiembre de 1998 y lo hace gran parte de la doctrina que se citará.

En sus demandas civiles, la Agencia Tributaria reclama el importe de los intereses no pedidos cuando se ejercitaron las acciones penales por parte del Ministerio Fiscal. Por lo tanto, se reclaman unos créditos tributarios, de naturaleza pública. Así se deduce del artículo 58 de la Ley General Tributaria que dice que los intereses de demora forman parte de la deuda tributaria.

En efecto, el carácter público y tributario del crédito reclamado –los intereses– está claramente afirmado por la ley. En concreto, así lo dis-

ponen los artículos 19, 25 y 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

El primero de los preceptos citados previene que *«la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la cuota tributaria»*.

El segundo, el artículo 25 establece que: *«Son obligaciones tributarias accesorias aquellas distintas de las demás comprendidas en esta sección que consisten en prestaciones pecuniarias que se deben satisfacer a la Administración tributaria y cuya exigencia se impone en relación con otra obligación tributaria.*

*Tienen la naturaleza de obligaciones tributarias accesorias las obligaciones de satisfacer el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo... »*

Y, en fin, el artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, dispone que: *«1. El interés de demora es una prestación accesorio que se exigirá a los obligados tributarios y a los sujetos infractores como consecuencia de la realización de un pago fuera de plazo o de la presentación de una autoliquidación o declaración de la que resulte una cantidad a ingresar una vez finalizado el plazo establecido al efecto en la normativa tributaria... »*.

Habida cuenta que lo reclamado es un tributo, los tribunales civiles carecen de competencia para conocer de la reclamación por tratarse de asuntos administrativos.

Los créditos reclamados por la Agencia Tributaria en estos casos suelen consistir en intereses tributarios devengados con ocasión del impago de tributos. Tienen por tanto naturaleza tributaria conforme a los preceptos antes citados de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La exigencia de créditos tributarios no puede articularse mediante el ejercicio de acciones civiles sino por medio de las que son propias específicas; en concreto, las contempladas en el ordenamiento tributario. Los créditos tributarios están sujetos a las reglas propias de este último ordenamiento y a las del civil.

Para la exacción de créditos tributarios, el ordenamiento jurídico previene unos mecanismos específicos —que son los previstos en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por Real Decreto 939/2005, de 29 de julio—. La sujeción a los mecanismos específicos previstos legalmente para cobrar los créditos tributarios es de obligada observancia para la Administración. Esta no puede utilizar a su antojo cualquiera de las vías previstas en el ordenamiento jurídico para reclamar su abono. Ha de ceñirse a las legalmente establecidas. Así las cosas, no cabe ejercitar una acción civil para

cobrar una deuda tributaria, como pretende la Agencia Tributaria. Antes al contrario, ha de sujetarse a las previsiones sustantivas y procedimientos del derecho tributario.

En aplicación de lo expuesto, la disposición adicional décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que: «1. *En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos los intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio. 2. Una vez sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que compete la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.*»

La lectura del transcrito precepto pone de manifiesto que corresponde a la Administración tributaria la exacción de las deudas tributarias que pudieran calificarse como integrantes de la responsabilidad civil derivada de delito mediante una acción administrativa –y no mediante una acción civil–, habida cuenta el carácter público del crédito tributario que tienen tanto la cuota como los intereses tributarios.

Y no cabe decir por otra parte que dicho precepto está pensado solo para los casos en que existe sentencia condenatoria. En primer término, porque el apartado 1 de la mencionada disposición adicional décima, habla de procedimiento por delito, sin distinción de cómo terminen. Y, en segundo lugar, por cuanto la naturaleza del crédito tributario público y de la responsabilidad no se ven alteradas por el procedimiento en que se exigen, de manera que ha de estarse a su auténtica naturaleza para encauzar su cobro (Falcon Tella, R.; *La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria*).

Por consiguiente, es más que cuestionable que la Agencia Tributaria pueda ejercitar una acción civil para reclamar una deuda que es tributaria.

La Agencia Tributaria funda de ordinario sus pretensiones en la afirmación de que se está exigiendo una responsabilidad civil derivada de delito, cuyo ejercicio se reservó cuando se tramitaron las correspondientes diligencias penales. Pretende así afirmar que lo que se está reclamando es una responsabilidad civil derivada de delito, de naturaleza distinta al crédito tributario, y que, por tanto, encuentra su fundamento en los artículos 1092 del Código Civil y 116 y 109 del Código Penal. Con ello, lo que sostiene es que el crédito reclamado –los intereses tributarios– ve transformada su auténtica naturaleza pública por el mero hecho de tratarse de un daño derivado de un delito –pasando por consiguiente a ser un crédito de naturaleza

jurídico-privada—. Justifica también con este argumento la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la pretensión formulada y prolongar el plazo de prescripción de la acción.

El planteamiento de la Agencia Tributaria es cuestionable. En primer término, lo reclamado son unos intereses tributarios que tienen el carácter de crédito de naturaleza pública conforme a la Ley General Tributaria. Los intereses no nacen del delito sino de la ley (Sainz de Bujanda). El origen, contenido y forma de ejercicio de los créditos tributarios está taxativamente regulado en la ley. Los créditos nacen *ex lege* al realizarse el hecho imponible. No nacen del delito. Por consiguiente, no cabe exigir su abono mediante un procedimiento civil «ad hoc», ni mediante el ejercicio de una acción civil. La reserva de las acciones civiles en las diligencias penales abiertas no comporta que estas deban ser ejercitadas mediante la correspondiente acción civil en un procedimiento civil. Solo comporta que las cantidades adeudadas puedan ser reclamadas a través del cauce propio y específico que el ordenamiento prevé para ello. Es decir, si se trata de un crédito público, a través del ejercicio de la acción administrativa correspondiente.

La obligación de pagar intereses tributarios no nace del delito (su génesis es anterior) y, por consiguiente, no procede exigir esta deuda tributaria en concepto de responsabilidad civil pues, como se ha señalado (Falcon Tella, «La ejecución de las sentencias penales por la Agencia Tributaria» en *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2004, pág. 5), la obligación defraudada «es previa al delito y no surge de este».

No es obstáculo a lo dicho el hecho de que el fiscal haga en la mayor parte de los casos «reserva de las acciones civiles que pudieran corresponder a la AEAT» en los correspondientes procesos penales. Esta es la terminología utilizada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal para poner de manifiesto que los créditos derivados de cualquier título y eventualmente conectados con el hecho ilícito se sustanciarán en la vía correspondiente. En otros términos, la utilización de la expresión «reserva de las acciones civiles» no comporta que los citados créditos deban ser reclamados necesariamente en la vía jurisdiccional civil. Así se deduce, por otra parte, del tenor del artículo 121 del Código Penal, que al referirse a la responsabilidad civil –subsidiaria– derivada de delito del Estado y demás entes públicos, no remite su exigencia a la vía jurisdiccional civil sino a la vía administrativa; en concreto, al cauce de la responsabilidad patrimonial de la Administración regulada en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En síntesis, la reserva de la acción civil, ni supone la modificación de la naturaleza del crédito tributario, ni comporta que la Administración pueda exigir la cantidad reclamada en concepto de daño por cualquier vía. Antes al contrario, la reserva de la acción civil, conforme a lo establecido en el artículo 109.2 del Código Penal, para ejercerla fuera del proceso penal, viene impuesta *ope legis* por la disposición adicional décima de la Ley General Tributaria y por la propia naturaleza del crédito fiscal, con la consecuencia de que la Administración, al conservar sus facultades de autotutela, está obligada a ejercerlas en la sede que le es propia y con base en el ejercicio de acciones de naturaleza administrativa y no civil.

Los intereses devengados con ocasión de deudas tributarias debidas, aun cuando queden comprendidos en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, no ven alterada su auténtica naturaleza de crédito tributario en los términos previstos en la Ley General Tributaria. No puede desconocerse que la denominada acción de responsabilidad civil derivada de delito no tiene sustantividad propia. Se trata simplemente de un modo de exigencia que, en aras a la economía procesal, permite sustanciar en su caso en un mismo proceso todas las consecuencias de un hecho ilícito. En modo alguno modifica o transforma la índole o naturaleza de lo exigible. La acción civil –o administrativa, si pudiese ejercitarse– «no pierde su naturaleza por el hecho de ejercitarse en un proceso penal al que se incorpora, de tal forma que la circunstancia de ventilarse en este para nada afecta a las características que le son propias y específicas, hasta el punto de que si, por vía de posibilidad legal, se produce la correspondiente reserva ningún efecto debiera producirse en este orden de cosas» (Ruiz Vadillo, E.; *La responsabilidad civil derivada del delito en Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1995, pág. 19). En otros términos, el hecho de que se ejercite la acción civil en el proceso penal –o reserve– no comporta una conversión o modificación de su naturaleza. Así lo ha puesto de manifiesto tanto la jurisprudencia (desde la lejana sentencia de 25 de enero de 1990, también la de 27 de mayo de 1992), como la doctrina (Rodríguez Devesa, *Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual* en libro homenaje a Jaime Guasp, Granada, 1984, pág. 526 y ss.; Gómez Orbaneja, *La acción civil del delito* en *Derecho procesal penal*, 10ª ed., Madrid, 1987; Melero, S.; *En torno a las consecuencias civiles del delito* en *Revista de Derecho Privado*, 1966; Santos Briz, *Responsabilidad civil*, pág. 463 y Díaz Valcarcel, *Responsabilidad civil derivada de delito*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1966, pág. 425).

En este sentido, se ha señalado (Falcon Tella, op. cit.) que la disposición adicional de la Ley General Tributaria «supone un reconocimiento

expreso de que el delito fiscal no supone una novación de la obligación tributaria preexistente», de tal suerte que «supone una desautorización expresa de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, según la cual el delito supone que la obligación tributaria *ex lege*, surgida del hecho imponible, se transforma en una obligación *ex damno* derivada de delito».

Por otra parte, es de señalar que la Agencia Tributaria suele ejercitar una acción civil para reclamar los intereses tributarios, pero, a la hora de fijar su cuantía, no los determina conforme a las reglas del derecho civil sino conforme a las normas tributarias. En ello hay una contradicción evidente. Lo que no cabe es, de una parte, invocar el artículo 17 de la Ley General Presupuestaria y las previsiones de la Ley General Tributaria –en especial, el artículo 31– para fijar el importe de los intereses reclamados –reconociendo implícitamente que son deuda tributaria– y sin embargo acudir a la vía civil para pedirlos. En ese planteamiento hay una clara contradicción. En efecto, si lo que se reclama es una cantidad nacida de un título jurídico civil –la responsabilidad derivada de delito, conforme al artículo 1092 del Código Civil–, en modo alguno resultan de aplicación las normas invocadas. Y, si, por el contrario, lo que se pide tiene naturaleza jurídico-pública –esto es, se trata de un crédito tributario–, entonces lo que no es pertinente es la pretensión de fundarlo en una acción civil, pedir que conozca del asunto un tribunal civil y someterlo a la regulación del Código Civil.

## II. DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO: LA REGULACIÓN DE LOS DRONES

«1. El proyecto sometido a consulta tiene por objeto establecer la regulación de la utilización civil de las aeronaves pilotadas por control remoto –llamados vulgarmente drones– y modificar el Real Decreto 552/2014, de 27 de junio, por el que se desarrolla el reglamento del aire y disposiciones operativas comunes para los servicios y procedimientos de navegación aérea. En concreto, la norma se regula ahora el régimen de las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA), su aeronavegabilidad y las organizaciones que reconocen tal condición; el régimen de los elementos que configuran su sistema de funcionamiento (RPAS) –que comprende el vehículo, la estación de control en tierra y cualquier otro elemento necesario para permitir el vuelo en términos del Reglamento de Circulación Aérea Operativa–; las operaciones que se realicen con ellos; el personal que los pilote o ayude a quien lo hace; las organizaciones de formación autorizadas; y los proveedores de servicios de navegación aérea y los ges-

tores de aeropuertos y aeródromos. También regula el aeromodelismo radiocontrolado (.../...).

La norma elaborada y sometida a consulta encuentra su fundamento en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea y en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

El artículo 51 de esta última disposición modificó el artículo 4 de la primera en el sentido de incluir en su definición legal de aeronaves a las pilotadas por control remoto. Se ajustó así nuestra legislación interna a lo establecido en los párrafos 1.7 y 2.4 de la Circular 328-AN/190, de la OACI, aprobada en 2011, que dicen, respectivamente, que «*los vehículos no pilotados son realmente aeronaves*» y que «*el hecho de que la aeronave sea tripulada o no tripulada no afecta a su condición de aeronave*», quedando incluidos en anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944.

La consecuencia obligada de la inclusión de las pilotadas por control remoto en el concepto legal de aeronaves contenido en la Ley de Navegación Aérea es su sujeción al régimen jurídico establecido en el correspondiente bloque normativo, que tiene como norma de cabecera la mentada Ley 48/1960 y la Ley de Seguridad Aérea.

Al tiempo, el artículo 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, contiene una regulación transitoria de las aeronaves pilotadas por control remoto. Este va a ser objeto de sustitución por la contenida en el proyecto de real decreto consultado.

Las aeronaves pilotadas por control remoto –denominadas muchas veces por sus diversos acrónimos en inglés UAV (Unmanned Aerial Vehicle), UA (Unmanned Aircraft) y RPA (Remotely Piloted Aircraft)– y sus sistemas de funcionamiento (RPAS) fueron reguladas por primera vez en España por el Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio. Esta norma fue posteriormente tramitada por las Cortes Generales como proyecto de ley y se concretó en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, ya citada. Como se ha señalado, en su artículo 50, regula la operación, esto es, las actividades y funcionamiento de esta clase de aeronaves y del personal que las pilota.

Dicha regulación tiene carácter transitorio. Así se deduce del su apartado 1. En concreto, previene que «*hasta tanto se produzca la entrada en vigor de la norma reglamentaria prevista en la disposición final segunda, apartado 2, de esta ley, las operaciones de aeronaves civiles pilotadas por control remoto quedan sujetas a lo establecido en este artículo*».

Por su parte, la disposición final segunda de la misma Ley 18/2014 establece que «*el Gobierno determinará reglamentariamente el régimen jurídico aplicable a las aeronaves civiles pilotadas por control remoto, así*

*como las actividades y operaciones realizadas por ellas. A la entrada en vigor de la referida norma reglamentaria quedará sin vigencia el contenido del artículo 50».*

El proyecto de real decreto sometido a consulta viene pues a ser el desarrollo reglamentario previsto en la disposición final segunda transcrita y, por consiguiente, sustituirá –no obstante su carácter reglamentario– la regulación legal contenida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, habida cuenta la habilitación expresa existente en esta última norma.

Cuestión que suscita la singular forma de operar la habilitación normativa contenida en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, respecto de una regulación contenida en una disposición de rango legal, es la de determinar si sus previsiones constituyen un límite material para la nueva reglamentación o si, por el contrario, esta no queda sujeta a ellas y únicamente queda constreñida por las contenidas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea en cuanto norma de cabecera del grupo normativo aplicable. En otros términos, lo que se plantea es si las previsiones del artículo 50 de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, han de ser necesariamente respetadas por la norma proyectada. Más cuando la prolija regulación contenida en el mencionado artículo ni está recogida en la Ley de Navegación Aérea, ni cabe deducirla de otros de sus preceptos.

A la vista del tenor de la disposición final segunda de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, el Consejo de Estado considera que la habilitación a favor del Gobierno no queda limitada por las determinaciones contenidas en su artículo 50. Antes al contrario, la habilitación le faculta para sustituir íntegramente la regulación transitoria por otra nueva –y en su caso distinta– mediante disposición reglamentaria –en virtud de la degradación normativa establecida–. Los límites materiales específicos de la potestad reglamentaria del Gobierno están constituidos por las previsiones generales de la Ley de Navegación Aérea y de los convenios internacionales aplicables a la materia. Por consiguiente, las disposiciones que ahora se pretenden aprobar y que no se acomodan a lo establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, no pueden calificarse como *ultra vires* por esta circunstancia.

La regulación proyectada mantiene, en términos generales, el régimen ya establecido en la Ley 18/2014, de 15 de octubre, con algunas singularidades, para las aeronaves y sistemas civiles pilotadas por control remoto. Quedan al margen del ámbito del real decreto las aeronaves civiles autónomas, esto es, las que no permiten la intervención en la gestión del vuelo y los sistemas tripulados sin control remoto –aeronaves tradicionales–.

Las aeronaves reguladas son una concreta especie dentro del género de los sistemas tripulados; aquellas en las que siempre hay un piloto al control

remoto de los mandos. Y, aún entre estas, la norma consultada solo resulta de aplicación a los drones cuya masa máxima al despegue es inferior a los 150 kilogramos y a los de masa superior, bien cuando efectúen operaciones de aduanas, policía, búsqueda y salvamento, lucha contra incendios, guardacostas o similares, bien cuando estén excluidos de la aplicación del Reglamento (CE) 216/2008, del Parlamento y del Consejo de 20 de febrero de 2008, por concurrir alguna de las circunstancias que se especifican en su anexo II. También lo es para los aeromodelos radiocontrolados.

Dos cuestiones suscitan el objeto y ámbito de aplicación de la norma a juicio del Consejo de Estado:

A) La primera se refiere a las aeronaves autónomas; esto es, las que no permiten la intervención del piloto en su gestión de vuelo.

La memoria expresa que el proyecto no les resulta de aplicación. Tal previsión se compadece adecuadamente con las previsiones del apartado 2.2 de la Circular 328-N/190, de la OACI que las excluye del régimen de las pilotadas por control remoto junto con los globos libres no tripulados y otros tipos de aeronave que no pueden dirigirse en tiempo real.

Añade además la memoria que las autónomas no se consideran jurídicamente aeronaves a los efectos del artículo 11 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. Por ello, afirma, no pueden operar en el espacio aéreo nacional, cuyo uso está reservado exclusivamente a las que lo son.

Ahora bien, el texto consultado no menciona en ningún caso la exclusión –y consiguiente prohibición– señalada y expresada en la memoria. Y, al operador jurídico, se le plantea la duda de si pueden operar o no en el espacio aéreo español.

Considera el Consejo de Estado que la exclusión de las denominadas aeronaves autónomas del concepto legal contenido en el artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea y en el artículo 178 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 no es tan palmaria como se dice en la Memoria. Este texto examina la cuestión exclusivamente desde la previsión contenida en el apartado b) del referido artículo –que solo contempla las aeronaves pilotadas por control remoto. Sin embargo, conforme al apartado a) del artículo 11 de la Ley de Navegación Aérea y del segundo de los preceptos citados, es aeronave «toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que este y tenga o no órganos moto propulsores». En dicho concepto –que es igual que el contenido en el anexo 7 del Convenio de Chicago de 1944 salvo la referencia a la aptitud para el transporte de

personas o cosas–, pudieren tener encaje las aeronaves no pilotadas. Por ello, considera este cuerpo consultivo que no resultaría baldío, en aras de la claridad, hacer una mención expresa –al menos en el preámbulo de la norma– a que la regulación aprobada no les resulta de aplicación y que su utilización en el espacio aéreo español no está autorizada.

B) La segunda consideración tiene mayor enjundia. Como se ha señalado, el proyecto regula en el título II («Aeromodelismo») el uso y operación de los modelos radiocontrolados. Establece, entre otras previsiones, que estos realizarán exclusivamente actividades deportivas, recreativas, de competición o exhibición (artículo 45 del proyecto). Les prescribe la observancia de determinadas reglas de seguridad de vuelo (artículo 46) e impone a todos los pilotos de aeromodelismo la obligación de tener cubierta su responsabilidad civil frente a terceros por los riesgos de su práctica mediante un seguro u otra garantía financiera, de acuerdo con la normativa general de aplicación (artículo 47).

El artículo 11.b) de la Ley de Navegación Aérea califica como aeronaves «cualquier máquina pilotada por control remoto que pueda sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra». Ahora bien, no todas las aeronaves de esta clase están sujetas a su régimen.

El artículo 150.2 de la Ley de Navegación Aérea dispone que: «2. *Las aeronaves civiles pilotadas por control remoto*, cualesquiera que sean las finalidades a las que se destinen *excepto las que sean utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos*, quedarán sujetas asimismo a lo establecido en esta ley y en sus normas de desarrollo, en cuanto les sean aplicables. Estas aeronaves no estarán obligadas a utilizar infraestructuras aeroportuarias autorizadas, salvo en los supuestos en los que así se determine expresamente en su normativa específica».

Dejando a un lado la doctrinalmente controvertida cuestión de si los aeromodelos son aeronaves en sentido estricto, a la vista del precepto transcrito, las civiles pilotadas por control remoto que sean utilizadas exclusivamente con fines recreativos o deportivos no están sujetas a lo establecido en la Ley de Navegación Aérea. Conforme con esta previsión, el artículo 50 de la actual Ley 18/2014, de 15 de octubre, ni regula los aeromodelos radiocontrolados, ni los sujeta a sus previsiones. Se rigen por lo establecido en sus disposiciones específicas, sin perjuicio de su sometimiento a determinadas reglas del aire.

Así las cosas, a juicio del Consejo de Estado, no cabe imponer la regulación proyectada (en concreto, el artículo 46) al aeromodelismo radio-

controlado. La habilitación al Gobierno, contenida en la disposición final segunda de la Ley 18/2014, le faculta para regular las aeronaves pilotadas por control remoto pero conforme a las determinaciones del bloque normativo aplicable, esto es, el de la navegación aérea –que tiene su norma de cabecera en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea–. Y de dicho bloque se excluye –por mor del mencionado artículo 150.2, introducido por la Ley 18/2014– a las aeronaves pilotadas por control remoto dedicadas a actividades recreativas y deportivas cuya manifestación primigenia es el aeromodelismo. Por consiguiente, no existe habilitación legal suficiente para sujetar a las referidas aeronaves de aeromodelismo al régimen proyectado.

Se considera por tanto que el título II del proyecto debería ser íntegramente suprimido y, por consiguiente, también las referencias contenidas al aeromodelismo radiocontrolado en el artículo 3.1, en el párrafo segundo de la disposición adicional segunda y en el apartado 4 de la disposición transitoria única del proyecto.

Respecto del resto del contenido del proyecto de real decreto, el Consejo de Estado formula las siguientes observaciones y sugerencias.

a) En el artículo 2.3. a) del real decreto, se dispone que no será de aplicación a «los sistemas de aeronaves pilotadas por control remoto (RPAS) militares». Llama la atención la exclusiva mención a los «sistemas de aeronaves... militares», omitiendo toda referencia a las aeronaves pilotadas por control remoto (RPA) –o UAV en la terminología del Reglamento de Circulación Aérea Operativa– militares. La noción de «sistemas de aeronaves» tiene una doble significación en la legislación aérea internacional; en unos casos, incluye la aeronave pero, en otros, lo excluye, haciendo referencia solo a las estaciones de control, el software, los enlaces de comunicación, las terminales de datos, los sistemas de lanzamiento y recuperación, los sistemas de parada en vuelo, los equipos de soporte y mantenimiento, etc. El Reglamento de Circulación Aérea Operativa, aprobado por Real Decreto 1489/1994, de 1 de junio, utiliza el primero de los conceptos indicados en su libro I, 1.1.capítulo 1. No obstante, para evitar cualquier género de dudas respecto de la exclusión, se sugiere incluir en el precepto una referencia a «las aeronaves y los sistemas de aeronaves... ».

b) En relación con el artículo 11 proyectado, el Consejo debe llamar la atención sobre su notable grado de imprecisión y sobre las dificultades que se pueden presentar a la hora de aplicarse.

Como bien ha señalado la Secretaría General Técnica en su informe de 2 de diciembre de 2015, para regular las condiciones y requisitos de los certificado de tipo y de navegabilidad, el proyecto opta por remitirse en

bloque a lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 748/2012, de la Comisión, de 3 de agosto de 2012, por el que se establecen las disposiciones de aplicación sobre la certificación de aeronavegabilidad y medioambiental de las aeronaves y productos, componentes y equipos relacionados con ellas, así como sobre la certificación de las organizaciones de diseño y producción. Además, instituye en la misma posición que la Agencia Europea de Seguridad Aérea respecto de los procedimientos citados a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (artículo 11. 1, párrafo primero).

Tal modo de proceder no se considera adecuado. El mencionado reglamento resulta de aplicación –como se ha dicho– a los drones de más de 150 kilogramos, cuyas características técnicas no son automáticamente trasladables a las aeronaves reguladas en el proyecto. Por consiguiente, a estas ni les son aplicables, ni les pueden ser por su propia naturaleza, algunas previsiones de las contenidas en el reglamento europeo cuya determinación no es fácil para el conocedor de la legislación y que resultará más que ardua en el caso de quienes no estén familiarizados con ella. Sin embargo, la norma proyectada no hace distingo alguno sobre las que lo son y las que no son. Ello crea, como se ha dicho, dificultades a la hora de determinar la norma aplicable, con menoscabo de la seguridad jurídica. Esta exige la certeza de la norma que debe ser elegida al momento de aplicar el derecho. Y, en el caso presente, falta. Así las cosas, el Consejo de Estado considera que deben determinarse con exactitud y claridad cuáles son las previsiones del reglamento europeo a que se deben sujetar los certificados tipo y de navegabilidad.

Igual reparo se puede hacer a la previsión que sitúa, de manera genérica, a la Agencia de Seguridad Aérea en la misma posición que la Agencia Europea de Seguridad Aérea a los efectos de ejercer las competencias establecidas en el reglamento europeo. No todas las contempladas en él lo pueden ser por la Agencia Estatal y debe procederse a su exacta determinación.

c) En el artículo 14.3, párrafo segundo establece que las organizaciones que fabriquen un número limitado de ejemplares pueden disfrutar un sistema singular de inspección de la producción mucho menos riguroso que el establecido para quienes fabriquen en serie. Dicha previsión es imprecisa e incorrecta. Incorrecta por cuanto no cabe contraponer los conceptos de fabricación en «número limitado de ejemplares» y de «fabricación en serie», ya que esta noción se puede predicar también de la fabricación de un número reducido de ejemplares. E imprecisa, porque no permite determinar con exactitud qué organizaciones pueden disfrutar del régimen especial de inspección de la producción, dejando de manera absolutamente

libérrima en manos de la Administración actuante. Por ello, debe fijarse con exactitud el montante de ejemplares que se considera «número limitado de ejemplares».

d) Conforme con lo expuesto por la Secretaría General Técnica en su informe, en el artículo 43 debería establecerse un plazo de validez temporal de las autorizaciones contempladas en el precepto para realizar operaciones o vuelos específicos.

e) En relación con la previsión del artículo 47, el Consejo de Estado debe señalar que, sin perjuicio de la procedencia de su supresión por lo antes expuesto –y al quedar excluidos del ámbito de la Ley de Navegación Aérea los aeromodelos radiocontrolados–, no se les puede imponer a los aeromodelistas la obligación de contar con un seguro. Las previsiones de dicha norma legal no amparan su establecimiento. Y, a la vista de lo dispuesto en el artículo 10. g) de la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, su exigencia solo puede hacerse mediante disposición de rango legal que falta en este caso.

f) La disposición adicional tercera puede suprimirse por cuanto se trata de una previsión que opera en todo caso por imperativo de las disposiciones legales reguladoras del procedimiento administrativo.

g) La disposición final cuarta, en su apartado 1, dispone que «por resolución del director de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, publicada en el Boletín Oficial del Estado, se podrán establecer, en el ámbito de las competencias de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, los medios aceptables de cumplimiento para la acreditación de los requisitos establecidos en este real decreto y de sus disposiciones de desarrollo, así como la categorización de los RPAS en diferentes categorías y tipos a efectos de la formación que deben acreditar los pilotos sobre el RPAS y su pilotaje conforme a lo previsto en el artículo 33.1 letra d)».

La disposición final segunda, apartado 5 de la Ley 18/2104, de 18 de octubre, previene por su parte que «la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y la Dirección General de Aviación Civil podrán dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuantas resoluciones sean necesarias para la aplicación de esta ley, así como medios aceptables de cumplimiento, material guía o cualquier otra resolución que facilite su cumplimiento».

A la vista del precepto transcrito, es claro la Agencia puede establecer los medios aceptables de cumplimiento para acreditar determinados requisitos. Sin embargo, la Agencia no está habilitada para categorizar los RPAS. Dicha labor excede lo que son medidas de ejecución y cae de lleno en el ámbito normativo pues la formación exigible a los pilotos depende de dicha categorización. Es doctrina constante de este Consejo que las en-

tidades integrantes de la Administración institucional carecen de potestad normativa salvo habilitación legal expresa. Por ello, al no encontrar base la atribución proyectada ni en la Ley 18/2014, ni en ninguna otra norma legal, se considera que la denominada «categorización de los RPAS» a que se refiere el proyecto debe corresponder al titular del departamento, quien ha de aprobarla mediante orden ministerial.

*(Dictamen 1272/2015, de 10 de diciembre)*