Revista Jurídica *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 15
Enero
Abril
2003

N.º 15 Enero-Abril Año 2003

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 15. Enero-Abril 2003

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 15. Enero-Abril 2003

Directora:
Alicia Sánchez Cordero
Directora General de los Servicios Jurídicos
alicia.sanchez@madrid.org

Subdirectora:
Alejandra Frías López
Letrada del Servicio Jurídico Central
alejandra.frias@madrid.org

Edita:
Consejería de Presidencia
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7. 28013 Madrid

Imprime:
Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La revista está también disponible a través de Internet en la página web de la Comunidad de Madrid:
http:// www.comadrid.es o www.madrid.org

Puede accederse a ella dentro de «Presidencia» o, directamente, en
http:// www.madrid.org/pres_serv.juridicos/revista_juridica/index.htm

Y en Intranet
http://infomadrid/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm

Tirada: 800 ejemplares
Edición: 05/03
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
IMPRIME: B.O.C.M

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica cualesquiera trabajos jurídicos que no estén publicados o pendientes de publicación. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número en el que se incluirán. Tendrán preferencia todos aquellos trabajos que directa o indirectamente se relacionen con la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, previa autorización de la Dirección de la misma. Los que no se publiquen no serán devueltos, salvo que se solicite por escrito.

Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en disquete, preferentemente en el sistema Word, acompañando una hoja aparte en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, profesión, dirección, NIF, número de teléfono, fax y/o correo electrónico.

No se enviarán pruebas de corrección a los autores por lo que los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados en la cuantía que se establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

ÍNDICE

Estudios

Comentarios

ESTUDIOS

SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA

POR

YOLANDA HERNÁNDEZ VILLALÓN

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. Concepto actual del Derecho de Asilo. 2. Regulación. 3. Tratamiento diferenciado del Derecho de Asilo: solicitado por nacionales de terceros Estados o solicitado por nacionales de Estados miembros 4. Ámbitos de armonización. 5. Control jurisdiccional del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea

1. CONCEPTO DE DERECHO DE ASILO

El artículo 1 del Convenio de Ginebra de 1950 da un concepto restrictivo de asilo que constituiría la posibilidad de que un nacional de un tercer Estado presente solicitud de asilo, ante un Estado miembro manifestando el riesgo de persecución que sufriría en su país de procedencia. En definitiva, lo que busca el potencial asilado es la protección de un Estado por motivos políticos, raciales y religiosos.

2. REGULACIÓN

En el plano internacional, hay que destacar la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 [1], y en el Protocolo de Nueva York de 1967 [2], respondiendo a la situación de postguerra siendo insuficiente para las situaciones actuales derivadas de conflictos étnicos, catástrofes nacionales o guerras civiles.

En el plano comunitario se analizará la armonización existente en la materia tomando como base la regulación contenida en el Título IV del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE) y las deficiencias de la misma en determinados aspectos.

[1] Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, 28 de julio de 1951.
[2] Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, Nueva York, 31 de enero de 1967.

Desde un punto de vista orgánico ambos planos se relacionan en aras de la mejor defensa del derecho de asilo. Así, se reconoce por un lado, desde el aspecto internacional, la gran relevancia del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) como órgano subsidiario de la Asamblea General y del Comité Ejecutivo al margen de la dudosa eficacia vinculante de sus decisiones [3], por otro a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa vía informes, recomendaciones y resoluciones –ninguno vinculantes– y su Comité *ad hoc* de expertos en los aspectos legales del asilo territorial (CAHAR). Finalmente, también participan en la defensa del derecho de asilo el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y la propia Organización para la Seguridad la Cooperación en Europa (OSCE). Y desde el aspecto comunitario la participación del Consejo en respuesta de la previsión contenida en el artículo 63 TCE para que adoptara las medidas convenientes en el plazo de cinco años tras la aprobación del Tratado de Amsterdam [4].

Finalmente, destacar que dada la relación con otras materias, veáse inmigración o extradición, se deberá tener en cuenta junto a las normas del Título IV del TCE (art. 63 y ss.) las actuaciones iniciadas con el antiguo tercer pilar y con Tratados internacionales como el Convenio de Dublín de 1990 [5] en vigor desde el 1 de septiembre de 1997, o el Convenio de Aplicación de Schengen de 19 de junio de 1990 teniendo en cuenta que el acervo Schengen se integra en el TCE conforme establece el Protocolo n.º 2, pero no se incluyen Reino Unido e Irlanda y se concede un estatuto particular a Dinamarca. Así mismo hay que mencionar el Convenio Europeo para la salvaguardia de los Derechos Humanos [6] que no recoge expresamente el asilo pero la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) realiza del artículo 3 relativo a la tortura y a los tratos inhumanos o degradantes afecta al derecho de estancia al quedar prohibida la expulsión de extranjeros a un país respecto del que exista motivos para creer que la persona tendría riesgo de ser torturada o sujeto de tratos inhumanos o degradantes o cualquier otra pena, es decir, se ofrece una garantía derivada de la no expulsión, así lo recogieron, entre otras STEDH Asunto Soering [7] en la que se dirimía el

[3] Órgano creado en virtud del artículo 22 de la Carta de Naciones Unidas.

[4] Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el Asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*. Edit. Colex, 2002.

[5] Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990 relativo a la determinación del Estado responsable del examen de la solicitud de asilo presentada en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, *DOCE* C 254 de 19-8-1997.

[6] Convenio Europeo para la salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.

[7] Asunto Soering versus Reino Unido, 7 de julio de 1989, Serie A, 161, apart. 111.

riesgo que corría el afectado si se extraditaba a Estados Unidos por posible aplicación de la pena de muerte. Finalmente, tener en cuenta la Convención contra la tortura de 1984 [8]; la Convención sobre los derechos de niño de 1989 [9] al obligar de manera favorable a los Estados miembros a interpretar su Derecho interno sobre expulsiones; y por último el Pacto Internacional sobre los derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966 y el Convenio de 28 de septiembre de 1954 en lo relativo a la situación de los aprátidas.

El corolario de la diversa regulación expuesta, se encuentra en la regulación del derecho de asilo en el artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea:

«Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea».

3. TRATAMIENTO DIFERENCIADO DEL DERECHO DE ASILO: SOLICITADO POR NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES O POR NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO

a) Solicitud de asilo por nacionales de terceros Estados

En la Comunidad Europea, dado el elenco normativo existente en la materia se procedió a unificar los aspectos propios del asilo de *personas que no son nacionales de un Estado miembro*, en el artículo 63 TCE (antiguo art. 73 K) encuadrado en el Título IV TCE se establece:

> «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam:
>
> 1) Medidas en materia de asilo, con arreglo a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y a otros tratados pertinentes, en los siguientes ámbitos:
>
> a) Criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.
>
> b) Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

[8] Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984.

[9] Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

c) Normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países.

d) Normas mínimas para los procedimientos que deban aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado».

Así mismo, como límite objetivo el artículo 64 TCE dispone:

1. «El presente título se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior».

En el apartado segundo, el artículo 64 TCE, recoge la posibilidad de que se adopten medidas provisionales en caso de una emergencia caracterizada por la llegada repentina de nacionales de terceros países.

No obstante, como señala el artículo 69 TCE, el Título IV del TCE, en virtud del Protocolo n.º 4 sobre la posición de Reino Unido e Irlanda en materia de asilo, no se aplica a ambos Estados insulares salvo que expresamente uno de esos Estados decida lo contrario y el Protocolo n.º 5 prevé dicha la exclusión respecto Dinamarca.

b) Solicitud de asilo por nacionales de un Estado miembro

El derecho de asilo solicitado *por nacionales de un Estado miembro en otro Estado miembro* se regula en el Protocolo n.º 29 sobre asilo a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea. Su fundamento es considerar que los Estados miembros constituyen recíprocamente «países de origen seguro», por lo tanto, sólo podrá tomarse en consideración una solicitud de asilo en casos delimitados [10]:

1.º Si un Estado miembro suspende en su territorio la vigencia de la Convención de Roma de 1950 por la que se aprueba el CEDH, como expresamente permite el artículo 15 de ese tratado.

2.º Si el Consejo ha iniciado el examen de una posible violación grave y persistente de la libertad, democracia, derechos humanos y libertades fundamentales o el Estado de derecho, realizada por un Estado miembro de la UE (art. 7 TUE).

3.º Si el Consejo ha constatado esa violación grave y persistente por un Estado miembro (art. TUE); o

4.º Si un Estado miembro así lo decide unilateralmente ante una solicitud de asilo, informando al Consejo. Esta excepción de

[10] Cfr. CHUECA SANCHO, Ángel G. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Edit. Bosch, 1999.

carácter particular, es amplísima, desvirtuando el principio general, existiendo una declaración de Bélgica de que se tomó nota la Conferencia Intergubernamental de 1996 en la que declaró que conforme las obligaciones internacionales derivadas del Convenio de Ginebra y del Protocolo de Nueva York llevará a cabo un examen individual de cualquier solicitud de asilo presentada por un nacional de otro Estado miembro [11].

En definitiva, con carácter general, en las peticiones de asilo formuladas a Estados miembros por los nacionales de otro Estado miembro, rige el «principio de confianza mutua» entre ambos Estados, constituyendo la base para no admitir la solicitud de asilo, porque la consideración de «país de origen seguro» se garantiza desde un plano nacional por las tradiciones constitucionales; en el internacional, porque han aceptado el mecanismo protector del TEDH al quedar sujetos al cumplimiento del CEDH; y finalmente, en el comunitario, por ser requisito imprescindible para la adhesión (art. 49 TUE) y porque a la jurisdicción del Tribunal de Justicia derivada del meritado Título IV TCE se le añade mecanismo sancionador por violación grave y reiterada de derechos humanos por un Estado miembro (art. 7 TUE).

4. ÁMBITOS DE LA ARMONIZACIÓN

El asilo se enmarca dentro del Título IV del TCE (arts. 61 a 69 TCE) bajo la rúbrica «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» representado una de las consecuencias más relevantes del Tratado de Amsterdam dentro de la delimitación normativa del llamado «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», materias que con anterioridad se ubicaban en la Cooperación en asuntos de justicia e interior [12].

El artículo 2 TUE establece como objetivo:

«Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto el control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia».

[11] A mayor abundamiento, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. *La inmigración y el Asilo en la Unión Europea*. Edit. Colex, 2002.

[12] MANGAS MARTÍN, Araceli. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Edit. Tecnos, 2002.

El Tratado en el artículo 63.1 TCE prevé la adopción por el Consejo de determinadas medidas en materia de asilo conforme al procedimiento especial previsto en el artículo 67 TCE y en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam (hasta abril de 2004), siendo competencia exclusiva del Consejo y las decisiones se toman por unanimidad, lo cual frena al desarrollo de la normativa comunitaria.

Las normas que se dicten lo serán de carácter mínimo, al Consejo no se le atribuye competencia para dictar normas armonizadoras de forma completa y amplia, de ahí que el Tratado se refiere a «medidas» en materia de asilo. Las correspondientes medidas se adoptarán dentro de los límites que establecen el Convenio de Ginebra de 1951 y del Protocolo de Nueva York de 1967 y teniendo en cuenta que el contenido sustancial del derecho de asilo se regula por cada Estado.

Para avanzar en una política común sobre asilo se distinguen dos planos [13]:

1.º Afectaría a los procedimientos de asilo, al contenido del estatuto de refugiado y a una política común sobre protección temporal [14].
2.º Establecer un procedimiento común y un estatuto uniforme de carácter europeo

Siguiendo la sistemática planteada por el artículo 63 TCE, las medidas adoptadas serían las siguientes:

a) *Relativas a los criterios delimitadores del Estado miembro encargado de examinar la solicitud de asilo presentada en un Estado miembro por un nacional de tercer país.*

Su objetivo básico es evitar dos fenómenos, por un lado, el llamado «refugiado en órbita» *(refugee-in-orbit)*, es decir, que los solicitantes de asilo peregrinen de un Estado a otro sin que ninguno examine su solicitud y por otro, el refugiado múltiple *(asylum-shopping)*, consistente en presentar solicitud de asilo en varios Estados para incrementar la probabilidad de concesión. En consecuencia, es operativo el «principio del one-chance-only» (un Estado sea el responsable exclusivo del examen), basado en la confianza mutua de los Estados miembros.

Al efecto, hay que destacar la normativa contenida en la Convenio de Dublín de 13 de junio de 1991 y en vigor desde enero de 1997 [15], en

[13] Véase Entrevista al Comisario Europeo D. ANTONIO VITORINO. *Inmigración, asilo e integración social*, publicada por Comité Económico y Social, 2000.

[14] Las medidas adoptadas, han tratado únicamente estos aspectos.

[15] Para Suecia y Austria en vigor desde 1 de octubre de 1997 y para Finlandia desde el 1 de enero de 1998.

la cual se plasman los criterios objetivos para determinar el Estado que debe conocer de la petición de asilo. No obstante, con carácter previo, hay que señalar, pese a su menor relevancia los aspectos subjetivos:

a) Quien podría ser asilado: acudimos al criterio restrictivo recogido en el artículo 1 del Convenio de Ginebra, es decir, podrá instarlo el nacional de un tercer Estado que funda su solicitud ante un Estado miembro en el **riesgo cierto de persecución en su Estado de origen**
b) La elección por el sujeto del país que quiere conozca de su solicitud, es el último de los criterios a tener en cuenta.

Los citados criterios objetivos contenidos en el Convenio de Dublín de 1990 [16] serían los siguientes:

1.º Artículo 4: Será responsable de examinar la solicitud de asilo aquel Estado que ya hubiera garantizado el estatuto de refugiado a un familiar (cónyuge, hijos menores o padres) del solicitante, siempre que ambos lo deseen. Primaría por ende, el reagrupamiento familiar.

Sin embargo, es susceptible de crítica este artículo al excluir a los extranjeros que convivan de hecho con un nacional, y a los hijos mayores de edad. Ello conllevaría a una reforma y más teniendo en cuenta algunas STJCE, caso DEMIREL/SCHWÄBISCH GMUND [17], donde se dirimía si la expulsión de la Sra. Demirel de la RFA constituía vulneración o no del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que obliga al respeto del derecho a la vida privada y familiar.

2.º Artículo 5: Será responsable de la solicitud de asilo, en el caso de no concurrir el criterio familiar, el Estado miembro que le hubiese concedido el permiso de residencia o el visado de que disponga salvo que se trate de un visado en tránsito o se hubiera expedido el visado con autorización escrita de otro Estado miembro. Ello supone que los Estados miembros apliquen una política restrictiva en materia de visados.

3.º Artículo 6: En defecto de permisos de residencia o visados, conocerá de la petición de asilo el Estado a través del que se produjo la entrada ilegal, salvo que el solicitante hubiese permanecido durante seis meses en otro Estado miembro antes de presentarla [18].

[16] CARRERA HERNÁNDEZ, F. Jesús. *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea*.Textos Fundamentales, Edit. Tecnos, 1999; TRINIDAD GARCÍA, M.ª Luisa *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía*. Edit. Comares, 2001.

[17] Sentencia 30-9-1987, As.12/86.

[18] Decisiones 1/97 de 9 de septiembre de 1997 y 1/98 de 30 de junio de 1998 del Comité previsto en el art. 18 del Convenio de Dublín de 1990 relativas a determinadas disposiciones de aplicación del Convenio (DOCE L 281 de 14 de octubre de 1997).

En definitiva, se responsabiliza el Estado que no vigiló adecuadamente sus fronteras. Pero correlativo inmediato a lo anterior es la dificultad que supone determinar por qué Estado se produjo la entrada ilegal, viéndose perjudicados al respecto, los países periféricos. Con el fin de mitigar ese «descontrol» en la circulación de personas dentro de las fronteras comunitarias se creó el EURODAC que identifica a los demandantes de asilo vía huella dactilar o el ODYSSEUS por la que se articula la colaboración entre los Estados miembros. Desde 1996 existía consenso estatal para crear una gran base de datos de las huellas dactilares de todos los solicitantes de asilo, al final materializó en el Reglamento del 2000 [19]. El artículo 1.1 determina su objetivo «ayudar a determinar el Estado responsable. Con arreglo al Convenio de Dublín, del examen de las solicitudes presentadas en los Estados miembros» y «únicamente podrán ser procesados en EURODAC a los efectos previstos». Sin embargo, dado que se aplicará a todo solicitante de asilo mayor de 14 años y registrará las huellas dactilares de todos los nacionales de países terceros mayores de 14 años que sean sorprendidos atravesando ilegalmente una frontera (art. 8.1) así como los extranjeros presentes ilegalmente en un Estado miembro (art. 11) podría plantear la colisión con el derecho a la intimidad a través de utilización de datos de carácter personal (art. 8 CEDH) y vulneración de los derechos de los mayores de 14 años y menores de 18 años.

La protección de datos se trate informáticamente o no supone que el Estado sólo podrá disponer de esos datos cuando otro Estado se lo pida para la determinación del responsable a efectos de examinar la solicitud de asilo, para el examen «per se» o para el cumplimiento de las obligaciones que derivan del Convenio de Dublín y será aplicable la Directiva 95/36/CE sobre protección de datos [20].

Por otro lado, el propio preámbulo del Convenio de Dublín recoge que los Estados miembros están «resueltos a poner en práctica, para la aplicación del presente convenio, una estrecha colaboración por diversos medios, entre ellos, los intercambio de información». Así existe un deber de colaboración e información que comprende la realización de intercambios mutuos sobre normativa y práctica en materia de asilo, sobre datos estadísticos del número de solicitudes así como su reparto nacional y también poder intercambiar información de carácter general relativa a las nuevas tendencias relativas a las solicitudes de asilo y a la situación de los países de procedencia de los solicitantes [21].

[19] Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo de 11 de diciembre de 2000, objeto de desarrollo por Reglamento (CE) n.º 407/02 del Consejo de 28-2-2002.

[20] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos de carácter personal y a la libre circulación de datos, *DOCE* L 128 23-11-1995.

4.º Artículo 7: En los casos de presentación de solicitudes de asilo por quienes se encuentren sin visado en las zonas de tránsito de los aeropuertos, será responsable el Estado de esa zona que autorizó el tránsito sin visado.

La situación más problemática que presenta al aplicabilidad de este artículo se produce cuando un Estado miembro impone una obligación de visado de tránsito aeroportuario y el demandante de asilo procedente de Estado no seguro sin visado de tránsito solicita asilo. En estos casos se considera que ha habido traspaso de fronteras del Estado en cuestión y no puede ser atribuida a ese Estado de tránsito la responsabilidad de examinar la solicitud.

5.º Finalmente y en defecto de la operatividad de los anteriores criterios se aplicará el artículo 8: será responsable de conocer de la solicitud el primer Estado en el que se hubiera presentado la solicitud.

El principio general común a los criterios manifestados sería que un Estado miembro resultará responsable del examen de petición de asilo y su decisión es vinculante. No obstante, se regularon dos excepciones que permiten a un Estado conocer de una reclamación de asilo:

— artículo 3.4: por asunción voluntaria del Estado de la misma.
— artículo 9: por razones humanitarias a petición de otro Estado.

Consecuencia de lo anterior, es que si la responsabilidad del examen es competencia de un Estado miembro diferente de aquel en el que se hubiera presentado la solicitud atenderá al procedimiento de traslado del solicitante al mismo en virtud del procedimiento previsto al efecto [22].

El objetivo del Convenio no es garantizar que un Estado examine el fondo de la petición, sino únicamente concretar el Estado que debe analizar la solicitud, de tal manera que el Estado correspondiente podría enviar al demandante de asilo a un tercer Estado siempre que fuera «Estado seguro». Sí supone que se proceda por el Estado responsable a hacerse cargo del mismo durante el tiempo que dure la tramitación del expediente (art. 10). En todo caso, si un Estado miembro concede a un demandante de asilo un permiso de residencia con duración superior a tres meses ese Estado es el obligado a hacerse cargo del solicitante y de examinar su petición.

[21] Véase MARTÍN ARRIBAS, Juan José. *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el Derecho de Asilo*, Edit. Universidad de Burgos-Dykinson, 2000.

[22] Regulado en los artículos 18 a 22 de la Decisión 1/97 de 9 de septiembre.

La crítica que se puede hacer al Convenio de Dublín en base a lo expuesto se centra en que reconoce competencia para determinar el Estado miembro que debe conocer de la demanda de asilo, sin entrar en la justificación de la decisión que adopte el Estado, la cual, se realizará conforme la normativa nacional de cada Estado y ello supone que el solicitante será objeto de distintos regímenes jurídicos dependiendo del Estado que conozca de la solicitud de asilo. No obstante esta situación puede verse paliada gracias al Fondo Europeo para Refugiados creado en septiembre de 2000[23] que está dirigido a dotar de recursos a los estados miembros para la acogida de refugiados y personas desplazadas. Se pretende armonizar los niveles de atención en la acogida.

b) Normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros

Esta materia, ha sido objeto de la armonización necesaria, a través de la ***Directiva por la que se establecen las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros de 2003***[24]. Su fin es garantizar una vida digna a los solicitantes de asilo con independencia del país que esté conociendo de su petición.

Como puntos más destacables: la libertad de circulación del demandante dentro del Estado en el que se haya o de una región del mismo (art. 7), limitando la posibilidad de retención al período en el que se tramita un procedimiento rápido. Se favorece la escolarización de los menores «en las mismas condiciones que los nacionales» (art. 10) se reconoce el derecho al trabajo (art. 11) y a la formación profesional (art. 12); se prevé asistencia sanitaria (arts. 13 y 15) así como las circunstancias en las que se podrá ver privado del derecho de acogida, fundamentalmente relacionadas con alteración de datos, presentación múltiple de la demanda en el mismo Estado o abandone lugar de residencia sin comunicar a las autoridades (art. 16); se prevé una especial protección a los menores (arts. 17 y 18); así mismo se regula en el artículo 21 la posibilidad de recurrir ante las decisiones negativas de obtención de alguno de los derechos reconocidos en la Directiva conforme los recursos nacionales.

No obstante, destacar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva la cláusula abierta de su aplicabilidad en virtud del artículo 3.4 que contiene la posibilidad de que los Estados miembros puedan aplicar las disposiciones de la misma a los procedimientos de solicitud de otro tipo

[23] Fondo Europeo para Refugiados creado el 28 de septiembre de 2000. Su período de aplicación es del 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de 2004.

[24] Directiva del Consejo Europeo de 27 de enero de 2003, DOCE 6-2-03, Serie L n.º 31, pág. 18.

de protección distinta derivada de la Convención de Ginebra respecto a nacionales de terceros países o apátridas que no son refugiados. Por otro lado el artículo 4 consagra el principio de norma más favorable, es decir, que en determinados casos, por razones humanitarias o por situaciones de reagrupación familiar se podrán aplicar disposiciones más favorables nacionales, lo cual representa una política comunitaria que no sólo supone equipar a los solicitantes de asilo a los nacionales sino una apertura de planteamiento en el trato a los mismos.

A continuación, se procede a analizar de forma conjunta por la vinculación de ambos aspectos:

c) Normas mínimas para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países, y

d) Normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado.

Las normas mínimas que ha de tener en cuenta el Estado responsable para conceder o denegar el estatuto de refugiado se basarían en comprobar que no existe el riesgo de persecución promovida por las autoridades nacionales del estado de procedencia o por poblaciones locales de forma aceptada por las citadas autoridades, así como garantizar que el Estado al que se envíe no vaya a su vez a reenviarle al Estado perseguidor. Ese análisis debe examinar que no se persiga al sujeto por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas de tal manera que se encuentre desprotegido.

Respecto el procedimiento para conceder o denegar el estatuto de refugiado, señalar que lo primero es determinar qué ámbitos procedimentales integran el mínimo a armonizar en los cinco años siguientes a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam. Así la Resolución del Consejo de 1995 sobre esta materia plasma ese mínimo, constituido por la información precisa al afectado de sus derechos y obligaciones; la posibilidad de un servicio de interpretación y de asistencia letrada, así como la posibilidad de contactar si se estimare oportuno con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados o con otros organismos de apoyo a los refugiados que actúen en el Estado en nombre del Alto Comisionado; el derecho a un recurso en caso de denegación de la demanda de asilo.

No obstante, mencionar que más allá de las propuestas de la Comisión dirigidas armonizar las actuales políticas de asilo de los Estados miembros, está la perspectiva de establecer un único procedimiento que sea común a todos los Estados miembros y un estatuto uniforme. A este respecto, la Comisión presentó la *Comunicación hacia un pro-*

cedimiento de asilo común y un estatuto uniforme, válido en toda la Unión para las personas a las que se le concede asilo. La posibilidad de que todos los Estados miembros examinen cualquier solicitud que reciban utilizando un único procedimiento implica un cambio profundo respecto a la situación existente, confiando en que se evite el inconveniente de esta propuesta, tendencia a la uniformidad a la baja.

5. CONTROL JURISDICCIONAL DEL TÍTULO IV DEL TCE

Como parte del TCE, el Título IV y por ende, los artículos relativos a asilo, son susceptibles de control jurisdiccional, aunque como reconoce el artículo 68 TCE sujeto a una serie de condicionamientos que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales por el órgano judicial:

> «Artículo 68 TCE 1. El artículo 234 será de aplicación al presente Título en las siguientes circunstancias y condiciones: cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano judicial nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.»

No cabe, por tanto, que sea suscitada por otros órganos jurisdiccionales estatales de instancias inferiores, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Así mismo, se ve limitada la actuación del Tribunal de Justicia cuando se adoptan medidas relacionadas con el derecho de asilo que tienen por finalidad proteger el orden público:

> Artículo 68 TCE: «2. El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior».

Los Estados miembros no desean que el Tribunal de Justicia aborde estos temas, por lo tanto, si en la salvaguardia de la seguridad interior un Estado realiza una violación grave y persistente de los derechos humanos, tan sólo resta a la Unión la vía del artículo 7 TUE, quedando sujeto por ende a la unanimidad, y no siendo un mecanismo viable para los particulares a quienes les quedará únicamente el ejercicio del derecho de petición ante el Parlamento Europeo.

LAS CLÁUSULAS RESIDUAL, DE PREVALENCIA Y DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL SOBRE EL AUTÓNOMO: EXAMEN DEL ARTÍCULO 149.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

POR

FERNANDO LUQUE REQUEIRO

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. APROXIMACIÓN PREVIA A LOS DISTINTOS TIPOS DE COMPETENCIAS. A) Competencias exclusivas del Estado. B) Competencias propias de las Comunidades Autónomas. C) Competencias compartidas. D) Competencias concurrentes. III. CLÁUSULA RESIDUAL. IV. CLÁUSULA DE PREVALENCIA DEL DERECHO ESTATAL. V. CLÁUSULA DE SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

De todos es sabido que la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles; pero además reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran.

Para que esta autonomía adquiera virtualidad práctica, es preciso, como señala CAZORLA PRIETO [1], citando a MUÑOZ MACHADO, que el derecho a la autonomía esté dotado de un haz de poderes y facultades distintos e independientes de los que le corresponden al Estado.

Este conjunto de poderes y facultades se ordenan y distribuyen en nuestra Carta Magna (en los términos que posteriormente veremos), si bien dicha regulación constitucional debe completarse con el resto de normas constitutivas del denominado bloque de constitucionalidad, y sin que podamos olvidarnos de la importantísima labor interpretativa que ha tenido el Tribunal Constitucional en el desarrollo del proceso autonómico.

La transcendencia socio-política de la cuestión jurídica que vamos a tratar a nadie se le escapa, pues como ya apuntara ALVAREZ

[1] Cazorla Prieto, Arnaldo Alcubilla y Román García: Temas de Derecho Constitucional. Aranzadi. 2000. Pag.310.

CONDE «las competencias determinan el *quantum* de poder político que se atribuye a una Comunidad Autónoma»[2].

Antes de comenzar con el estudio del tema, debemos hacer una precisión terminológica con el objeto de no obstaculizar el buen entendimiento de las ideas que expondremos a lo largo de estas líneas. Nos estamos refiriendo a la delimitación de los conceptos de competencia y materia.

La materia se ha definido como el complejo de actividades, bienes e institutos jurídicos relativos a un cierto sector de la vida social.

La competencia se puede definir como el conjunto de potestades o funciones ejercitables sobre una determinada materia y atribuible a un titular. También se ha definido la competencia como la titularidad de una potestad o función pública sobre una materia determinada. Como señala ALVAREZ CONDE[3], el concepto de competencia engloba tres elementos diferenciados. De un lado, el elemento subjetivo, que son los titulares de dicha competencia (que pudiera corresponder a la instancia estatal o la autonómica); de otro, el contenido, constituido por el conjunto de potestades o funciones (que a su vez se pueden desglosar en la potestad de legislación y potestad de ejecución); y por último, el elemento objetivo, que es la materia, que se configura como el objeto sobre el que recaen las potestades o funciones antes mencionadas.

El sistema de distribución de competencias recogido en nuestra Constitución se articula a través del sistema de doble lista de los artículos 148.1 y 149.1[4].

La simplicidad del sistema se enturbia, sin embargo, por la presencia de una serie de *correctores*. Así, encontramos ya un primer corrector del sistema de ordenación de competencias derivado de un lado, de las limitaciones propias del principio constitucional dispositivo respecto del artículo 148, así, como de otro, por las limitaciones ínsitas en el propio artículo 149.1.

Estas limitaciones están instrumentadas mediante cláusulas reductoras de las competencias estatales (a través de expresiones del estilo «sin perjuicio» o «bases») con las que se faculta a las Comunidades Autónomas para que, en su caso, asuman funciones sobre determinadas materias que se mencionan en el propio artículo 149.1.

Por su parte, el artículo 148 tampoco está libre de elementos turbadores de la simplicidad inicial del sistema. En efecto, de primeras,

[2] Álvarez Conde. El Régimen Político Español. Tecnos. 1990. Pág.653.
[3] Álvarez Conde. El Régimen Político Español. Tecnos. 1990. Pág.655.
[4] El artículo 148.1 dice que «*las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materia*» y el artículo 149.1 establece que «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias*».

el art.148.1 tiene el carácter de derecho transitorio, en función de lo establecido en el artículo 148.2; pero además debe añadirse que en las competencias sobre las materias mencionadas en el art.148.1, al igual que sucedía en el caso del artículo 149.1, existe una heterogeneidad; esto es, que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, aunque de diferente cualidad según los casos, sobre las materias del art.148.1.

Ello sentado, debe señalarse que la complejidad del sistema se acentúa si tenemos en cuenta que la distribución de competencias se completa con las cláusulas del artículo 149.3 de la Constitución. Decimos que la complejidad se acentúa porque la interpretación de las citadas cláusulas ha sido y sigue siendo bastante discutida, a lo cual debe añadirse que la hermenéutica constitucional de las mismas ha sufrido importantes variaciones, como podremos observar a lo largo del presente artículo. Deberemos detenernos con especial atención en el estudio de la cláusula de supletoriedad del Derecho Estatal, que es sin lugar a dudas, la cláusula que mayor problemática ha planteado tanto al Tribunal Constitucional, como a la Doctrina.

Así pues, la ordenación constitucional de las competencias se completa con las cláusulas previstas en el artículo 149.3: cláusula residual, cláusula de prevalencia del derecho estatal y la cláusula de supletoriedad del derecho estatal.

II. Aproximación previa a los diferentes tipos de competencias

Teniendo en cuenta las matizaciones anteriores, debemos acudir necesariamente a alguno de los sistemas clasificatorios propuestos por nuestra Doctrina, siendo el criterio más generalizado aquél que parte de la distinción entre:

A) Competencias exclusivas del Estado.
B) Competencias propias de las Comunidades Autónomas.
C) Competencias compartidas y concurrentes.
D) Competencias delegadas (que son las previstas en el artículo 150.1 y 2 de la Constitución, cuya problemática excede de las pretensiones del presente trabajo).

A) Competencias exclusivas del Estado

Ya advertíamos con anterioridad, que el artículo 149.1 se caracteriza por su heterogeneidad, y sin embargo, dicho precepto enumera

en treinta y dos apartados las competencias exclusivas del Estado. CAZORLA PRIETO [5] (siguiendo a BLASCO) señala que las denominadas constitucionalmente competencias exclusivas del Estado quedan reducidas a los tres supuestos siguientes:

a) Aquellos supuestos en que se atribuye al Estado una determinada materia en bloque, sin expresar ningún elemento limitador, ni del objeto ni del contenido de la competencia; o dicho de otra manera, se trata de aquellos supuestos de competencias con un contenido más amplio (ya que incluye las facultades de legislación y ejecución) y con un objeto más extenso (ya que aquellas facultades recaen sobre la totalidad de la materia). Estos supuestos son los que parte de la Doctrina considera como competencias exclusivas plenas, y entre ellas, podemos citar: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (n.º 2), relaciones internacionales (n.º 3), defensa y Fuerzas Armadas (n.º 4), régimen aduanero y arancelario (n.º 6), Deuda del Estado (n.º 14), marina mercante (n.º 20).

b) Aquellos supuestos en que se atribuye al Estado un sector de determinada materia, y por tanto no en bloque. Lógicamente, debe ser expresa la mención constitucional de alguno de los elementos limitadores del objeto de la competencia. En estos supuestos se encuadran los siguientes: ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (n.º 21), obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (n.º 24), puertos de interés general, aeropuertos de interés general (n.º 20).

Debe entenderse que el Estado es titular de todas las facultades (de legislación y ejecución) sobre dichos objetos (materias que no están en bloque, sino sectorizadas). Por tanto, se caracterizan estos supuestos porque el elemento limitador afecta al objeto de la competencia, pero no al contenido de la misma.

c) Por último, aquellos otros supuestos en los que se atribuye al Estado alguna de las facultades o potestades constitutivas del contenido de la competencia sobre una determinada materia. Aquí estamos en presencia de un elemento limitador del contenido, aunque, en principio, no del objeto de la competencia. Nos referimos a aquellos supuestos característicos, en los que se atribuye al Estado la potestad legislativa sobre una determinada materia, pudiendo asumir las Comunidades Autónomas las funciones de ejecución.

[5] Cazorla Prieto, Arnaldo Alcubilla y Román García; Temas de Derecho Constitucional. Aranzadi.2000. Pág. 313.

Dentro del listado del artículo 149.1 podemos mencionar los siguientes (que también son denominadas comúnmente, *competencias exclusivas limitadas*): legislación mercantil, penal y penitenciaria (n.º 6), legislación sobre propiedad intelectual e industrial (n.º 9), legislación sobre pesas y medidas (n.º 12).

B) Competencias propias de las Comunidades Autónomas

Como ya señalábamos con anterioridad, el artículo 148.1 no delimita ni garantiza directamente un ámbito material de competencias para las Comunidades Autónomas, ni tampoco establece directamente los diferentes contenidos que puedan tener esas competencias sobre aquellos ámbitos materiales. Estos dos aspectos debieron ser determinados a través de la hermenéutica constitucional de los artículos 148 y 149 en su conjunto, así como también se adquiere cierto de grado de determinación a través de la técnica del reenvío a los respectivos Estatutos. Este reenvío resulta del artículo 147.2 de la Constitución, que regula el contenido mínimo y necesario de todos los Estatutos, y concretamente el apartado d/ establece que los Estatutos de Autonomía deberán contener las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución.

Como consecuencia del art.148.2 y del artículo 149.3 [6], el proceso de asunción de competencias ha sido progresivo, o siendo más precisos, sigue siendo progresivo, habida consideración de la discusión doctrinal existente en la actualidad respecto de si el modelo autonómico diseñado por nuestra Constitución debe ser considerado como un modelo abierto o, por el contrario, como un modelo cerrado [7].

Sentado lo anterior, no podemos obviar que los Estatutos de Autonomías nos muestran su propio sistema de clasificación de competencias. Así, centrándonos en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (aprobado mediante Ley Orgánica 3/83 de 25 de Febrero, según la redacción otorgada por la reforma operada por la Ley Orgánica 5/98 de 7 de julio), su Título Segundo se rubrica «*de las*

[6] El artículo 148.2 dice que «*transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149*». El artículo 149.3 se estudia pormenorizamente más adelante.

[7] Dicha discusión se manifiesta en *Asimetría y cohesión en el Estado Autonómico: Jornadas sobre el Estado Autonómico; integración y eficacia*. (Gurmesindo Trujillo, Lopez Guerra, Garcia Roca, Alvarez Conde, Carreras Serra y Feixes Sayran).Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 1997.

competencias de la Comunidad» (artículos 26 a 33), pudiendo diferenciarse tres tipos de competencias:

a) El artículo 26.1 establece un listado de materias sobre las que la Comunidad de Madrid tiene competencia exclusiva. Concretamente, este listado alcanza los treinta y dos apartados. El artículo 26.2 dota de contenido al concepto de competencia exclusiva, estableciendo expresamente que sobre aquellas materias *corresponderá a la Comunidad de Madrid la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva*, aunque el ejercicio de dichas potestades se supedita al respeto, en todo caso, de lo dispuesto en la Constitución española.

Sin embargo, y a pesar de lo expuesto, al listado del artículo 26.1 le es predicable el carácter de *heterogéneo* (al igual que sucedía con el artículo 148.1 y 149.1 de la Constitución). Es decir, frente a la claridad del sistema diseñado por el Estatuto en dichos preceptos, no puede afirmarse en rigor que sobre todas las materias enumeradas en el artículo 26.1 del Estatuto, la Comunidad de Madrid tenga de forma completa el conjunto de potestades enunciadas en el artículo 26.2. O lo que es lo mismo, la Comunidad de Madrid no tiene competencias exclusivas sobre todas las materias enunciadas en el artículo 26.1. De esta forma, podemos señalar a título ilustrativo, que la Comunidad de Madrid tiene competencias sobre instalación de producción, distribución y transporte de cualesquiera energías, pero *sin perjuicio de lo establecido en los números 22ª y 25ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución* (artículo 26.1.11); tiene competencias sobre publicidad, *pero sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos, de acuerdo con las materias 1ª, 6ª y 8ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución* (artículo 26.1.12); tiene competencias sobre establecimiento de bolsas de valores y establecimiento y regulación de los centros de contratación de mercancías, pero *de conformidad con la legislación mercantil* (artículo 26.1.13); tiene competencias sobre patrimonio histórico, artístico, monumental, arqueológico, arquitectónico y científico de interés para la Comunidad, *pero ello sin perjuicio de las competencias del Estado para la defensa de los mismos contra la exportación y la expoliación* (artículo 26.1.19); y en fin, la Comunidad de Madrid tiene competencias sobre la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales, *pero en los términos que establezca la Ley Orgánica* (artículo 26.1.28).

Como se puede observar, muchas de las competencias denominadas como *exclusivas* por el artículo 26.1 no lo son en realidad, según el concepto estricto de competencia exclusiva que anteriormente hemos expuesto, ya que se encuentran sujetas a alguno de los elementos limitadores de la competencia.

A lo anterior debe añadirse, que el artículo 26.3 añade otras materias sobre las que la Comunidad de Madrid tiene competencias exclusivas, aunque con la limitación de que aquellas deberán ejercitarse *de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica y política monetaria del estado, en los términos de los dispuesto en los artículos 38, 131 en las materias 11ª y 13ª del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución.*

b) Por otro lado, el artículo 27 establece un segundo listado de materias sobre las que la Comunidad de Madrid tiene competencia de desarrollo legislativo de la legislación básica estatal (supuesto de competencia compartida, como veremos más adelante).

c) El artículo 28 del Estatuto determina las competencias ejecutivas de la legislación del Estado por parte de la Comunidad de Madrid, mientras que el artículo 29 se dedica expresamente a la materia de enseñanza, atribuyendo a la Comunidad de Madrid la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de enseñanza.

Debe precisarse, no obstante, que la clasificación jurídica con la que los Estatutos de Autonomía adjetivan sus competencias sobre las materias asumidas, no puede derivar simplemente de la lectura aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios. Por el contrario, la verdadera naturaleza de cada competencia debe ser producto de una interpretación sistemática de todo el bloque de constitucionalidad. Dentro de éste, como resulta evidente, la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como *lex superior* de todo el ordenamiento, fuerza normativa, que no se agota ni disminuye con la promulgación del Estatuto de Autonomía *cuyos preceptos, por más que se califiquen como exclusiva competencia asumida ratione materiae, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre esa misma materia* [8].

Teniendo en cuenta esta doctrina, podemos concluir que la clasificación que en los Estatutos de Autonomía se hace de los diferentes tipos de competencias tienen un mínimo valor jurídico, ya que el intérprete no puede examinar aisladamente los títulos competencias estatutarios sin más, sino que deberá hacer una interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad.

C) Competencias compartidas

Se denominan competencias compartidas aquellas en las que el elemento subjetivo de la competencia no es unitario; es decir, no resi-

[8] Así se establece en la STC 173/1998 de 23 de Julio (F.6): en igual sentido las SSTC 110/1998 F.2; 171/1998 F.6; 178/1994 F.4.

de en exclusiva en una sola instancia, sino que se distribuye entre ambas instancias (la estatal y la autonómica). Para ALVAREZ CONDE [9] el concepto de competencia compartida es más restringido, ya que, en su opinión, alude tan solo al supuesto en que ambas instancias comparten potestades de una misma calidad (ya sea la legislativa o la ejecutiva), pero aquel concepto no se aplica al supuesto en que ambas instancias comparten una misma materia.

En todo caso, las competencias compartidas se deducen del artículo 148 y 149, pudiendo distinguirse dentro de ellas, siguiendo a CAZORLA PRIETO, los siguientes supuestos:

a) Los supuestos en los que la legislación compete al Estado y la ejecución puede ser competencia de las Comunidades Autónomas. Estos supuestos son también denominados de *competencia exclusiva limitada* (desde la órbita del Estado), remitiéndonos a lo anteriormente apuntado respecto de las mismas. En este punto debemos referirnos a las denominadas competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Para la definición de este concepto es necesario contraponerlo con el concepto de competencias legislativas. Numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional nos recuerdan que dentro del contenido de competencia legislativa, debe incluirse la potestad de dictar reglamentos ejecutivos o de desarrollo. Por exclusión, por tanto, la competencia ejecutiva se reduce a los reglamentos organizativos o internos. La STC 18/1982 afrontó la cuestión, al hilo de la competencia estatal del artículo 149.1.7.º de la Constitución (*«el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:... 7.º Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas»*). La sentencia parte del reconocimiento de la diversa interpretación que puede hacerse. Así, de un lado, la interpretación propugnada por el Estado, y que se sintetiza en comprender en el concepto toda norma escrita (ley en sentido material), y de otro lado, la propugnada por la Comunidad Autónoma, más restringida; que hace referencia a la ley en un sentido formal.

Partiendo de dicha premisa, el Tribunal Constitucional consideró necesario sentar criterios que pudieran servir para efectuar el deslinde entre los conceptos de *legislación* y de *ejecución* que utiliza el artículo 149.1.7.º de la Constitución. De esta forma se pudo determinar en qué medida el ejercicio de la potestad reglamentaria puede considerarse incluido total o parcialmente en el concepto de *legislación* (y por lo tanto de competencia exclusiva del Estado), o, por el contrario,

[9] Álvarez Conde. Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Opus citada. Pág. 617

considerarle incluido en el concepto *de ejecución* (y, con ello, son de posible asunción por los Estatutos de Autonomía).

Así, en primer lugar se rehuye de interpretaciones meramente literales, *pues tanto los conceptos de «legislación» como de «ejecución» son lo suficientemente amplios para que deba rechazarse la interpretación que asimila, sin más, legislación al conjunto de normas escritas con fuerza o valor de ley, y la interpretación que asimila «ejecución» al conjunto de actos concretos de ejecución relativos a una determinada materia.* En segundo lugar, se trae a colación la doctrina en virtud de la cual se atribuye a la potestad reglamentaria la consideración de técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, *como un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad, que relativiza la distinción entre los productos normativos de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley y acentúan, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas.*

Y en tercer lugar, se concluye que este aspecto de colaboración entre la ley y el reglamento en la ordenación de una materia, sin embargo, sólo adquiere verdadera virtualidad en relación con aquellos reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la ley, y al propio tiempo, la exigencia de una más específica habilitación legal. De esta forma deben diferenciarse los denominados *reglamentos ejecutivos*, como aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Y junto a éstos, existen los *reglamentos de organización* que sólo regulan aspectos administrativos *ab intra*.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional sostiene que cuando la Constitución emplea el término «legislación laboral» (y esta materia es atribuida a la competencia del Estado) incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados *ejecutivos*. Mientras que, por el contrario, no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos organizativos. Como ya dijimos, dentro de éstos deben incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa.

Esta doctrina es la que se deja entrever en el artículo 28.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, que identifica el contenido de la competencia ejecutiva con las facultades de *administración, ejecución, y en su caso, inspección, así como la facultad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, de conformidad.*

b) Aquellos supuestos en los que el Estado se reserva la legislación básica sobre una materia, y las Comunidades Autónomas pueden asumir el desarrollo legislativo y ejecución de las mismas. (Respecto de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas, también en estos supuestos son aplicables las ideas apuntadas con anterioridad).

Son supuestos en los que ambas instancias comparten la función legislativa sobre una misma materia. Lo primero que apunta GARCÍA DE ENTERRÍA y T.RAMON FERNANDEZ[10] es que entre la normación básica estatal y las normas de desarrollo autonómico no puede hablarse de una relación jerárquica, si bien, asevera el mismo autor, resulta evidente que la norma de desarrollo autonómico tiene algún género de vinculación, respecto a la norma básica. Así, utilizando conceptos procedentes del Derecho federal comparado, la vinculación entre la norma estatal básica y la norma de desarrollo autonómico se basa en un triple efecto: *preclusión, desplazamiento y condición de integración.*

El efecto de preclusión se infiere de la STC de 7 de Abril de 1983, en la que se afirma que las bases *poseen un sentido positivo y otro negativo*: el primero marca los principios a desarrollar por la norma autonómica, y el segundo) constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El Fundamento Jurídico 4.º de la STC 25/1983 afirma:

«Por "principios", "bases" y "directrices" hay que entender los criterios generales de regulación de un sector del ordenamiento jurídico o de una materia jurídica que deben ser comunes a todo el Estado. Por ello, la mencionada idea posee un sentido positivo y otro negativo: el sentido positivo manifiesta los objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros; en sentido negativo, por la misma razón, constituye el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias cuando, aun definiéndose éstas como exclusivas, la Constitución y el Estatuto las dejan así limitadas. Como ya dijo este Tribunal en su sentencia de 28 de julio de 1981, no es fácil determinar en cada caso concreto cuáles son las bases de una determinada materia o cuáles son las condiciones básicas a que ha de quedar sometida, y hay que considerar imposible cualquier intento de relación apriorística, limitándose a moverse dentro de las coordenadas que acaban de ser apuntadas. Ha sido también señalado por la jurisprudencia de este Tribunal que las "bases", en cuanto concepto que nuestro

[10] Garcia de Enterria y T.Ramón Fernandez. Curso de Derecho Administrativo I. Octava Edición.Civitas. 1997. Pág. 299.

primer cuerpo de leyes utiliza para expresar un criterio de deslinde de competencias ante los poderes centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, no tienen necesariamente que quedar articuladas o instrumentadas a través de una concreta forma de manifestación de la voluntad legislativa o política, de manera que hayan de encontrarse en leyes marco o leyes de bases, sino que, como concepto material, pueden hallarse en leyes en sentido estricto o incluso en reglamentos ejecutivos en cuanto éstos contengan desarrollos necesarios reducidos a ellos por las leyes.»

El problema que se plantea, bien apuntado por GARCÍA DE ENTERRÍA, es que la determinación de las bases, o lo que es lo mismo, la calificación de una materia como de interés general a estos efectos, es una cuestión a veces circunstancial, que debe decidir el Estado en función de la coyuntura de cada momento. Así, por ejemplo, el artículo 149.1.13 atribuye al Estado la competencia sobre bases de la planificación general de la economía, y es obvio que la determinación de dichas bases dependerá esencialmente de la situación económica existente en cada momento (depresión, expansión, desempleo).

El segundo de los efectos apuntados es el *desplazamiento de norma autonómica*. Este efecto determina que cuando el Estado, en función de una determinada coyuntura, dicte bases sobre una determinada materia, la norma autonómica preexistente sobre la misma materia es desplazada por la norma básica estatal. Se habla de desplazamiento, y no de derogación de la norma autonómica por varias razones. En primer lugar, porque, como ya hemos dicho, no existe una relación jerárquica entre la norma estatal y la norma autonómica, siendo dudoso por tanto que técnicamente pueda hablarse de derogación. En segundo lugar, porque la articulación de la relación norma estatal básica y norma autonómica se asemeja al sistema de prevalencia o primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, en el que no hay derogación de la norma interna, sino desplazamiento de la misma. Y por último, también debemos añadir el argumento de economía legislativa, si pensamos que conyunturalmente la norma estatal básica desplaza la norma autonómica, de modo que si aquella es retirada (una vez finalizada la coyuntura que motivó su creación), se evita que la Comunidad Autónoma deba nuevamente promulgar la misma norma autonómica. Con este sistema (desplazamiento), no sería necesaria dicha nueva promulgación, sino que la norma autonómica recobraría automáticamente su vigencia. Se configura, por tanto, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA[11], como una técnica flexibilizadora.

[11] Garcia de Enterria y T.Ramón Fernandez. Curso de Derecho Administrativo I. Octava Edición. 1997. Pág. 301.

El último de los efectos señalados es el de la *condición de integración*, en el sentido que la norma estatal básica vincula a la instancia autonómica para que desarrolle a las bases, según las pautas allí reseñadas, y con el objetivo de que se produzca una articulación de las dos fuentes territoriales en una regulación global unitaria.

La generalidad de la doctrina, cuando afronta el estudio de esta técnica legislativa, hace referencia principalmente a cuál es el medio formal en que deben instrumentarse tales bases. Esta problemática está íntimamente relacionada con el concepto formal o material que se atribuya a las bases. Así, puede decirse que en un primer momento se mantuvo un concepto material de las normas básicas. En efecto, la STC 1/1982 establece que *la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material, y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente.*

Extrae la citada sentencia que de esa noción material de bases se infiere que *unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido*. Por eso, la STC 32/81 declaró que, aunque *las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo en su calidad de intérprete supremo de la Constitución*.

Podemos concluir, *a sensu contrario*, que no necesariamente las bases deben ser fijadas en una norma con rango de Ley. Esta doctrina, entendemos, encontraba su *ratio* en el hecho de la existencia de legislación preconstitucional, que necesariamente debía adaptarse al sistema implantado por la Constitución de 1978. Por esta razón se permitió al Gobierno llevar a cabo dicha adaptación mediante Reales Decretos, en tanto en cuanto las Cortes Generales no se pronunciaran al respecto.

Ello no obstante, debe destacarse que se sigue permitiendo que dichas bases se extraigan de normas jurídicas de carácter reglamentario, aunque sea algo excepcional. Así la STC 306/2000 establece que *esa legislación básica... estará integrada por las normas de rango legal, e incluso reglamentario, siempre que estas últimas resulten imprescindibles y se justifiquen por su contenido técnico o por su carácter coyuntural o estacionario* [12].

De este modo se combinaría el criterio material con el formal en la delimitación de las bases. Es, en efecto, doctrina reiterada que la

[12] En igual sentido las SSTC 149/1991(F. 3) y 102/1995 (F. 8).

definición de las bases debe llevarse a cabo, normalmente, por las Cortes Generales, sea de manera expresa, sea de forma que, en razón de la estructura de la norma, se pueda inferir directa o indirectamente pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica (así, STC 213/1994).

D) Competencias concurrentes

Son aquellas competencias diferenciadas, estatales y autonómicas, que recaen sobre un mismo espacio físico. Es decir, se habla de competencias concurrentes en aquellos supuestos en que la Constitución atribuye al Estado potestades públicas (normalmente de legislación y ejecución) sobre una determinada materia al tiempo que las Comunidades Autónomas asumen potestades públicas sobre otra determinada materia, con la particularidad, de que el ejercicio de dichas potestades (tanto estatales como autonómicas) recae sobre un mismo espacio físico. Este sería el supuesto contemplado en la Sentencia 77/84 del Tribunal Constitucional: concurrencia en un mismo espacio físico del ejercicio de competencias estatales (las que corresponden al Estado en materia de puertos de interés general) y de competencias autonómicas (las que puede asumir una Comunidad Autónoma en materia urbanística).

Como se señaló en las SSTC 113/1983 (fundamento jurídico 1.º) y 77/1984 (fundamento jurídico 2.º) *la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales*. Frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas (en este último sentido, SSTC 149/1991, 13/1992, 36/1994 y la 15/1998,entre otras muchas). En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudirse a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales —estatal y autonómico— que convergen sobre un mismo espacio y que, por ello mismo, están llamados a cohonestarse (STC 103/1989, fundamento jurídico 7.º, a).

Como señala la STC 118/1996 (Fundamento jurídico cuarto):

> *«el art. 149.3 CE contiene disposiciones diversas, de significado y alcance muy diferente, que es preciso no confundir, por más que la Norma suprema las aglutine en un solo párrafo. En la primera frase de ese párrafo se establece la posibilidad de que las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Cons-*

titución sean asumidas por las Comunidades Autónomas. En la segunda se atribuye al Estado una competencia residual sobre las materias no asumidas en los Estatutos de Autonomía y se dispone, en caso de conflicto, la prevalencia del Derecho estatal en lo que no sea de exclusiva competencia autonómica. Y es en la tercera donde, a continuación y como cláusula de cierre del ordenamiento, se establece la supletoriedad del Derecho estatal.»

III. Cláusula residual

En primer lugar, comenzando con la cláusula residual del artículo 149.3 podemos decir que su significado (según una interpretación literal de la misma) es que las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas corresponderán al Estado.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional evolucionó muy rápidamente en la interpretación de dicha cláusula, de modo que en un primer momento se consideró que la cláusula residual operaba de una manera automática (STC 18/1982 de 4 de Mayo) [13].

Después sin embargo, EL Tribunal Constitucional cambió de criterio interpretativo: dentro del ámbito de aplicación de la cláusula deben excluirse aquellos supuestos que, aunque la materia no estuviera incluida en las listas del artículo 148.1 y 149.1, y aunque la misma no hubiera sido asumida en un Estatuto de Autonomía, pudiera considerarse competencia estatutaria *conforme a los criterios interpretativos ordinarios* (STC 123/1984 de 18 de Diciembre).

En efecto, la STC 123/1984 de 18 de diciembre establece:

«Aunque es cierto que al enumerar las materias que sirven como criterios de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la Constitución y el Estatuto de Autonomía del País Vasco no utilizan de manera especial la expresión "protección civil", ni de manera directa la idea, no puede extraerse de ello la conclusión de que tal materia no se encuentre incluida en el sistema competencial como tal materia, ni que haya que acudir a la cláusula del artículo 149.3 de la Constitución, de acuerdo con la cual corresponden al Estado las materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía. Es claro que las competencias de las Comunidades Autónomas están

[13] La STC 18/1982 (Fundamento jurídico 1) dice textualmente que «*Para determinar si una materia es de la competencia del Estado o de la Comunidad Autónoma, o si existe un régimen de concurrencia, resulta en principio decisorio el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, a través del cual se produce la asunción de competencias. Si el examen del Estatuto correspondiente revela que la materia de que se trate no está incluida en el mismo, no cabe duda que la competencia será estatal, pues así lo dice expresamente el artículo 149.3 de la Constitución*».

definidas por sus Estatutos de Autonomía, pero es cierto, asimismo, que el juego de la cláusula residual o supletoria del artículo 149.3 de la Constitución supone que, con independencia de los rótulos o denominaciones, no ha sido incluida en el correspondiente Estatuto de Autonomía una materia, entendida como conjunto de actividades, funciones e institutos jurídicos relativos a un sector de la vida social, de manera que para que entre en juego la llamada cláusula residual o supletoria es necesario que el problema no pueda quedar resuelto con los criterios interpretativos ordinarios». (Fundamento Jurídico Tercero).

Este último criterio interpretativo es el que se mantiene constante por el Tribunal Constitucional, pudiendo destacarse las STC 132/1989 F.20; STC 149/1991 FF.1A y 4F; STC 180/1992 F; STC 133/1997 F.3; STC 40/1998 F.45; o en el reciente Auto 46/2001 F.4.

IV. Cláusula de prevalencia del derecho estatal

En segundo lugar, la cláusula de prevalencia del Derecho estatal determina que las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.

Entendemos que no se trata de una regla de distribución de competencias [14], sino que es una regla de colisión o conflicto. Ello presupone la existencia de dos normas, una de origen estatal y otra de origen autonómico (ambas dictadas en el ejercicio legítimo de sus respectivas competencias). Dichas normas tienen un contenido opuesto o contradictorio, de manera que se prima a la norma del Estado sobre la autonómica, por gozar aquella de una mayor calidad.

Respecto del ámbito de aplicación de dicha cláusula de prevalencia, ALVAREZ CONDE [15] establece que aquel se circunscribe al caso en que al Estado se le atribuye la competencia para dictar las bases sobre una materia determinada, y las Comunidades Autónomas asumen el desarrollo legislativo de dichas bases.

Estos son supuestos en los que ambas instancias comparten la función legislativa sobre una misma materia.

Una vez fijado el ámbito de aplicación de la cláusula de prevalencia, debe anotarse, sin embargo, que la cláusula de prevalencia no puede en ningún caso configurarse como un instrumento a través del

[14] En este sentido García de Enterría y T.Ramón Fernandez. Curso de Derecho Administrativo I. Octava Edición. Civitas.1997.Pág.335.

[15] Álvarez Conde. Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Opus citada. Pág.623.

cual el Estado pueda desalojar a las Comunidades Autónomas de sus esferas de competencias propias de cualquier carácter [16].

Nos recuerda en este sentido la STC.61/1997 (F.12b) que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad, en el uso de sus facultades legislativas sobre materias de su competencia. (STC 214/1988, fundamento jurídico 5).

El legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (STC 197/1996, fundamento jurídico 21, con cita de las SSTC 76/1983 y 29/1986).

Sentado que se trata de una regla aplicable a los supuestos de conflicto o colisión internormativa, y no distribuidora de competencias, resulta corolario lógico de lo anterior, que la aplicación de la misma no determina la validez o no de las normas enfrentadas, sino que opera simplemente en el sentido de determinar la aplicación preferente de una norma sobre la otra.

Es por ello, por lo que ALVAREZ CONDE [17] cuestiona la operatividad de esta cláusula en un sistema de Jurisdicción Concentrada constitucional, como es el predicable de nuestro Tribunal Constitucional, en el que éste es el único con competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de Ley. Cuando el conflicto normativo se suscita ante el Tribunal Constitucional, éste deberá resolver de conformidad con el bloque de constitucionalidad (artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) [18], ya que en éste existen criterios suficientes para declarar la norma válida o invalida.

Así pues, la cláusula de prevalencia adquiere virtualidad cuando el conflicto normativo se suscita ante el Juez ordinario. En estos casos,

[16] García de Enterría y T.Ramón Fernandez. Curso de Derecho Administrativo I. Opus citada Pág.336: *«resulta imposible, aquí y en cualquier otro Derecho, interpretar la cláusula de prevalencia del derecho Estatal en el sentido de que éste pueda fijar libremente su propio ámbito de competencia, en perjuicio de las Comunidades Autónomas que se encontrarían así a la merced de la esfera central de decisión, sin necesidad de cambio constitucional»*.

[17] Álvarez Conde. Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Opus citada. Pág.623.

[18] El artículo 28.1 dice que *«para apreciar la conformidad o disconformidad con la constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades Autónomas o para regularizar o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.»*

ALVAREZ CONDE [19], asumiendo las tesis de LASAGABASTER, distingue diversos supuestos con diversas soluciones:

1.º Si la Ley estatal es posterior a la autonomía, se aplicará preferentemente la Ley estatal [20]. Si la Ley estatal es anterior a la autonómica, se considera inaplicable la cláusula de prevalencia, debiendo el Juez ordinario elevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

2.º Si el conflicto se produce entre una Ley autonómica posterior y una norma reglamentaria anterior, se aplicará preferentemente la Ley autonómica.

Cuando la norma reglamentaria estatal entra en conflicto con una Ley autonómica anterior, el Juez ordinario podrá aplicar con preferencia la primera sobre la segunda.

En este punto podría cuestionarse la posibilidad de que el Juez ordinario planteara la cuestión de ilegalidad prevista en el artículo 27 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de 13 de Julio de 1998 [21] y desarrollada en los artículos 125 y siguientes del citado texto legal. Entiendo que tal posibilidad no podría prosperar, puesto que los conflictos a los que nos estamos refiriendo no se miden por criterios o parámetros de jerarquía normativa (validez o invalidez), sino por criterios de preferencia de una norma sobre la otra (prevalencia).

V. Cláusula de supletoriedad del derecho estatal

Para finalizar, debemos referirnos a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (prevista en el inciso final del artículo 149.3: *el*

[19] Álvarez Conde. Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Opus citada. Pág.624.

[20] Señala GOMEZ PUENTE que *«no existiendo relación jerárquica entre el ordenamiento estatal y el autonómico, una alteración de las bases frente a la que resulte incompatible la legislación autonómica no conduce a la derogación formal de ésta. Implica únicamente su desplazamiento, su inconstitucionalidad sobrevenida si se quiere, y la inaplicabilidad por inadecuación al marco competencial propio resultante de la nueva legislación básica. Ahora bien, mientras esa inconstitucionalidad no sea declarada por el órgano competente, el Tribunal Constitucional, la presunción de validez de que ordinariamente gozará la ley frente al operador jurídico (Administración —artículos 103 y 106 de la Constitución— o Juez- artículo 117 de la Constitución-) cede ante el principio de prevalencia del artículo 149.3, que obligará a aplicar la legislación básica del Estado»*.(M. GOMEZ PUENTE. *Supletoriedad del derecho estatal e inactividad del legislador autonómico*. REDA. n.º98.1998.Pág.214).

[21] El artículo 27 establece que *«cuando un Juez o tribunal de lo contencioso administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo los dispuesto en los dos apartados anteriores»*.

derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades Autónomas).

El debate doctrinal (y jurisprudencial también, como después veremos) en torno al significado y encaje constitucional de la cláusula de supletoriedad ha sido una constante.

Señala TEJEDOR BIELSA [22] que se pueden distinguir dos grandes sectores de opinión:

De un lado, un primer grupo de autores, encabezado por GARCÍA DE ENTERRÍA, que entienden que la cláusula de supletoriedad, además de su directa virtualidad integradora de los ordenamientos autonómicos como regla de aplicación, ampara cualquier actuación normativa del Estado, si bien con eficacia limitada, en tanto en cuanto es supletoria de las normas autonómicas.

De otro lado, existe otro sector doctrinal, cuyo máximo representante es MUÑOZ MACHADO, que niega a la cláusula de supletoriedad cualquier virtualidad competencial, constituyendo simplemente, según su criterio, una regla de aplicación del derecho, de modo que si existiera una laguna en el ordenamiento autonómico, se acudirá al derecho estatal supletorio.

Se ha llegado a decir que esta diversa interpretación doctrinal responde a concepciones distintas del Estado autonómico. Así, los partidarios de la primera postura, consideran que el modelo surgido de la Constitución determina que el derecho emanado del Estado se configura como garantía de la unidad, de lo cual se infiere que las potestades normativas del Estado pueden proyectarse sobre cualesquiera materias, garantizándose de este modo la complitud del ordenamiento jurídico español.

Sin embargo, los partidarios de la segunda de las posturas comentadas, consideran que la garantía de la unidad sería la Constitución misma, la cual determina los límites de las potestades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Ya hemos visto que la cláusula de supletoriedad se positiviza en el artículo 149.3 de la Constitución. No obstante, podemos señalar que los Estatutos de Autonomía aluden también a dicha cláusula dentro de su respectivos articulados. Así lo hace el artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid [23]. Respecto del valor que debe darse a dicho precepto en relación con el artículo 149.3, estamos

[22] J.C Tejedor Bielsa. *Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad?* La STC 195/1998, de 1 de Octubre. REDA Nº101.1999.

[23] El artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid dispone que *«El derecho propio de la Comunidad de Madrid, constituido por las leyes y normas reguladoras de las materias de competencia plena de la Comunidad Autónoma, es aplicable con preferencia a cualquier otro en el territorio de la Comunidad de Madrid. En todo caso, el Derecho estatal tiene carácter supletorio del Derecho propio de la Comunidad de Madrid».*

de acuerdo con la opinión de ENDEMAÑO ARÓSTEGUI [24], quien considera que se trata de un precepto inútil, estéril, que nada añade a lo dispuesto en la artículo 149.3 de la Constitución.

Para llegar a una adecuada comprensión de la cláusula de supletoriedad debemos apelar, en principio, a una hermenéutica histórica y teleológica. En efecto, debemos plantearnos cuáles fueron las necesidades de la situación jurídico-política previa a la promulgación de la Constitución de 1978. Así, de todos es sabido que la potestad legislativa del Estado preconstitucional, residía en exclusiva en un único poder de decisión jurídico-política, ya que se trataba de un Estado fuertemente centralizado. La Constitución de 27 de diciembre de 1978 proclamaba, sin embargo, un Estado descentralizado, que además, para mayor complejidad del sistema, se regía por el principio dispositivo, por lo que no era posible definir *a priori* el mapa autonómico. En este sentido, y moviéndonos en el plano de la mera hipótesis, la Constitución permitía que no todos los territorios se constituyeran en Comunidades Autónomas.

No obstante lo anterior, debemos fijarnos ahora en el hecho de que una vez que se constituyeron las Comunidades Autónomas, era previsible que existiera un lapso de tiempo (mientras que aquellas no iniciaran el ejercicio de las potestades públicas asumidas vía estatutaria) en el que aquellas carecerían de Ordenamiento Jurídico. Esta situación debió resolverse mediante determinados instrumentos. Así, en un primer momento, el Ordenamiento jurídico autonómico se nutría, de un lado, por el derecho estatal preestatutario (al cual se remitían todos los Estatutos: así, la Disposición Transitoria Primera del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid), que resultaba de aplicación directa. De otro lado, dicho Ordenamiento Jurídico se nutría por la vía indirecta de la cláusula de supletoriedad del derecho estatal postestatutario, respecto de las materias que aparecían asumidas por las Comunidades Autónomas, pero que aún no habían sido objeto de normación autonómica.

Ahora bien, en este segundo caso, desde el punto y hora que la Comunidad Autónoma regulara una determinada materia en el ejercicio de sus competencias, la norma emanada de la Comunidad Autónoma necesariamente desplazaría a la normativa estatal que regulara esa misma materia, pero sin derogarla. Dicha derogación no se produce porque la normativa estatal seguiría siendo aplicable, y de modo directo, en aquella parte del territorio que no se integrara en ninguna Comunidad Autónoma, o en aquellas Comunidades Autónomas, que no hubieran asumido competencias legislativas sobre dicha materia.

[24] Endemaño Aróstegui. *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal (artículo 149.3 de la constitución).* REDA Nº106. 2000.

Así las cosas, parece lógica, e incluso absolutamente necesaria la existencia de la cláusula de supletoriedad, al menos en un primer momento del proceso autonómico.

Una vez examinada dicha cláusula desde un punto de vista histórico y teleológico, podemos examinar la interpretación literal del precepto.

El artículo 149.3 de la Constitución utiliza una expresión tajante («el derecho estatal será, en todo caso, supletorio...»). ¿Cual es el significado de la expresión «en todo caso»?. Autores, como GARCÍA DE ENTERRÍA consideran que con dicha expresión se excluye la posibilidad de que las mismas Comunidades Autónomas regulen el régimen de supletoriedad de su propio Derecho. Sin desdeñar esta conclusión, debemos cuestionar si con aquella expresión se alude a que toda norma estatal debe considerase como supletoria de las normas autonómicas. Una interpretación aislada del precepto nos llevaría a esta conclusión. Sin embargo, una interpretación sistemática nos lleva a una conclusión distinta.

En efecto, de un lado debe excluirse del ámbito de aplicación de la cláusula de supletoriedad las normas estatales dictadas en virtud de las competencias exclusivas del Estado (ya que son de aplicación directa a las Comunidades Autónomas). Nos referimos a aquellos supuestos en que se atribuye al Estado una determinada materia en bloque, sin expresar ningún elemento limitador, ni del objeto ni del contenido de la competencia; o dicho de otra manera, se trata de aquellos supuestos de competencias con un contenido más amplio (ya que incluye las facultades de legislación y ejecución) y con un objeto más extenso (ya que aquellas facultades recaen sobre la totalidad de la materia).

Estos supuestos son los que parte de la Doctrina considera como competencias exclusivas plenas, y entre ellas, podemos citar: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (n.º 2), relaciones internacionales (n.º 3), defensa y Fuerzas Armadas (n.º 4), régimen aduanero y arancelario (n.º 6), Deuda del Estado (n.º 14), marina mercante (n.º 20).

De otro lado, deben excluirse de dicho ámbito de aplicación de la cláusula las denominadas *competencias compartidas y concurrentes*, ya que en estos supuestos las relaciones entre los ordenamientos estatal y autonómicos se rigen por otra serie de vinculaciones.

Las *competencias compartidas* se deducen del artículo 148 y 149, pudiendo distinguirse dentro de ellas, siguiendo a CAZORLA PRIETO, los siguientes supuestos:

a) Los supuestos en los que la legislación compete al Estado y la ejecución puede ser competencia de las Comunidades Autónomas.

Estos supuestos son también denominados de *competencia exclusiva limitada* (desde la órbita del Estado), remitiéndonos a lo anteriormente apuntado respecto de las mismas.

En este sentido debemos referirnos a las denominadas competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Para la definición de este concepto es necesario contraponerlo con el concepto de competencias legislativas. Numerosas Sentencias del Tribunal Constitucional nos recuerdan que dentro del contenido de competencia legislativa, debe incluirse la potestad de dictar reglamentos ejecutivos o de desarrollo. Por exclusión, por tanto, la competencia ejecutiva se reduce a los reglamentos organizativos o internos.

La STC 18/1982 afrontó la cuestión, al hilo de la competencia estatal del artículo 149.1.7.º de la Constitución:

> *«el Estado tiene competencia exclusiva en las siguientes materias:... 7.ª Legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».*

La Sentencia parte del reconocimiento de la diversa interpretación que puede hacerse. Así, de un lado, la interpretación propugnada por el Estado,y que se sintetiza en comprender en el concepto toda norma escrita (ley en sentido material), y de otro lado, la propugnada por la Comunidad Autónoma, más restringida; que hace referencia a la ley en un sentido formal.

Partiendo de dicha premisa, el Tribunal Constitucional consideró necesario sentar criterios que pudieran servir para efectuar el deslinde entre los conceptos de *legislación* y de *ejecución* que utiliza el artículo 149.1.7.º de la Constitución. De esta forma se pudo determinar en qué medida el ejercicio de la potestad reglamentaria puede considerarse incluido total o parcialmente en el concepto de *legislación* (y por lo tanto de competencia exclusiva del Estado), o, por el contrario, considerarle incluido en el concepto de *ejecución* (y, con ello, son de posible asunción por los Estatutos de Autonomía).

Así, en primer lugar se rehuye de interpretaciones meramente literales, *pues tanto los conceptos de «legislación» como de «ejecución» son lo suficientemente amplios para que deba rechazarse la interpretación que asimila, sin más, legislación al conjunto de normas escritas con fuerza o valor de ley, y la interpretación que asimila «ejecución» al conjunto de actos concretos de ejecución relativos a una determinada materia.*

En segundo lugar, se trae a colación la doctrina en virtud de la cual se atribuye a la potestad reglamentaria la consideración de técnica de colaboración de la Administración con el poder legislativo, *como un instrumento de participación de la Administración en la ordenación de la sociedad, que relativiza la distinción entre los productos normativos*

de la Administración con mero valor reglamentario y los que adquieren fuerza de ley y acentúan, por el contrario, el elemento de la delegación legislativa que habilita a la Administración para ejercer facultades normativas.

Y en tercer lugar, se concluye que este aspecto de colaboración entre la ley y el reglamento en la ordenación de una materia, sin embargo, sólo adquiere verdadera virtualidad en relación con aquellos reglamentos en los que se acentúa la idea de ejecución o desarrollo de la ley, y al propio tiempo, la exigencia de una más específica habilitación legal.

De esta forma deben diferenciarse los denominados *reglamentos ejecutivos*, como aquellos que están directa y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento. Y junto a éstos, existen los *reglamentos de organización* que sólo regulan aspectos administrativos *ab intra*.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional sostiene que cuando la Constitución emplea el término «legislación laboral» (y esta materia es atribuida a la competencia del Estado) incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados *ejecutivos*. Mientras que, por el contrario, no aparecen necesariamente incluidos dentro del concepto de legislación los reglamentos organizativos. Como ya dijimos, dentro de éstos deben incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa.

Esta doctrina es la que se deja entrever en el artículo 28.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, que identifica el contenido de la competencia ejecutiva con las facultades de *administración, ejecución, y en su caso, inspección, así como la facultad de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes, de conformidad.*

b) Aquellos supuestos en los que el Estado se reserva la legislación básica sobre una materia, y las Comunidades Autónomas pueden asumir el desarrollo legislativo y ejecución de las mismas. (En los términos que anteriormente explicamos).

Respecto de las *competencias concurrentes* son aquellas competencias diferenciadas, estatales y autonómicas, que recaen sobre un mismo espacio físico. Es decir, se habla de competencias concurrentes en aquellos supuestos en que la Constitución atribuye al Estado potestades públicas (normalmente de legislación y ejecución) sobre una determinada materia al tiempo que las Comunidades Autónomas

asumen potestades públicas sobre otra determinada materia, con la particularidad, de que el ejercicio de dichas potestades (tanto estatales como autonómicas) recae sobre un mismo espacio físico.

Este sería el supuesto contemplado en la Sentencia 77/84 del Tribunal Constitucional: concurrencia en un mismo espacio físico del ejercicio de competencias estatales (las que corresponden al Estado en materia de puertos de interés general) y de competencias autonómicas (las que puede asumir una Comunidad Autónoma en materia urbanística).

Como se señaló en las SSTC 113/1983 (fundamento jurídico 1.º) y 77/1984(fundamento jurídico 2.º):

> *« la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales.»*

Frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas (en este último sentido, SSTC 149/1991, 13/1992, 36/1994 y la 15/1998,entre otras muchas).

En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudirse a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales —estatal y autonómico— que convergen sobre un mismo espacio y que, por ello mismo, están llamados a cohonestarse (STC 103/1989, fundamento jurídico 7.º, a).

Estamos hablando en el plano puramente teórico, puesto que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aplicado la cláusula de supletoriedad en supuestos en los que el conflicto se suscitaba respecto de una materia cuyas competencias (legislación básica-legislación autonómica de desarrollo) se compartían entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Ciertamente, porque se consolidó una práctica legislativa consistente en dictar bases en una norma jurídica, la cual además contenía preceptos que carecían de dicho carácter básico, y que tenían como objeto servir de derecho supletorio a aquellas Comunidades Autónomas que no hubieran legislado sobre la materia.

En este sentido la STC de 21 de diciembre de 1989 (relativa a la constitucionalidad de la Disposición Final 7.ª del R.D.Legislativo de 18 de Abril de 1986, por el que se aprueba el T.R de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, la cual establecía el carácter básico de 177 artículos, quedando el resto como Derecho supletorio).

En efecto, el Alto Tribunal establece:

> *«con ello no se produce desapoderamiento alguno de las Comunidades Autónomas. Antes bien, con ello el Estado atiende a una exigencia fundamental, que no es otra que la de prevenir un marco normativo general que venga a cubrir no sólo las consecuencias resultantes de los diferentes niveles competenciales existentes en la materia entre unas y otras Comunidades Autónomas, sino también la simple inactividad normativa que, transitoriamente o no, pueda producirse en aquellas Comunidades Autónomas con competencia para desarrollar las normas básicas estatales»* [25].

Así pues, por exclusión, podemos deducir que el ámbito propio (y el único posible desde un punto de vista estrictamente teórico) del derecho supletorio estatal es el derecho reservado a la competencia propia de las Comunidades Autónomas.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, y avanzando en la evolución del proceso autonómico, podemos decir, que si bien en un primer momento (antes de la constitución de las Comunidades Autónomas) el derecho estatal era de aplicación directa en todo el territorio del Estado. A raíz de la constitución de las Comunidades Autónomas se reduce el territorio en que el derecho estatal tiene un aplicación directa, y se amplia simultáneamente el territorio en que el derecho estatal tiene carácter supletorio.

En buena lógica, cuando el proceso autonómico concluya, es decir, cuando todo el territorio del Estado español esté integrado en Comunidades Autónomas (que lo está, salvo las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla) y éstas regulen todos las materias sobre las cuales tienen competencias, se reducirá al máximo el ámbito de aplicación del derecho estatal supletorio.

Una vez vista la significación de la cláusula de supletoriedad, atendiendo a los criterios hermenéuticos apuntados, no podemos olvidarnos de la evolución jurisprudencial que ha tenido dicha cláusula de supletoriedad.

1º. En un primer momento, el Tribunal Constitucional admite con claridad que las normas estatales *tienen siempre valor supletorio* y la posibilidad de acudir a las mismas tiene un carácter permanente,

[25] Apunta García de Enterría en de REDA n.º 95 Pág.409: «Una reflexión sobre la supletoriedad del derecho del Estado respecto del de las Comunidades Autónomas», que las propias Comunidades Autónomas afectadas no impugnaban el ejercicio de esa competencia legislativa estatal, y ello porque mucho más simple que recurrir y más rápido y efectivo era ejercitar sus propias competencias normativas para desplazar y hacer inaplicables las normas supletorias.

mediante una interpretación literal de la expresión *en todo caso* del artículo 149.3 de la Constitución.

Se mantiene la doctrina de que el Estado puede regular materias cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas. Dichas normas son válidas, aunque supletorias en aquellas Comunidades Autónomas que tengan competencia exclusiva para regular dicha materia. Al tiempo,dichas normas estatales tendrán una aplicación directa en aquellas partes del territorio del Estado no constituidas en Comunidades Autónomas, y en las constituidas que no hubieran asumido competencias sobre dicha materia. Esta doctrina se concilia con el momento histórico en el que se dictaron, ya que nos encontramos en el inicio del proceso autonómico.

Las SSTC 125/1984 y 95/1986 llegan a afirmar que al Estado no le es exigible la invocación de ningún título competencial para regular sobre cualesquiera materias, y ello porque el artículo 66.2 de la Constitución atribuye a las Cortes Generales la potestad legislativa del Estado sin limitación alguna.

La STC 95/1986, en su Fundamento Jurídico 6 afirma: *«El reconocimiento de la competencia de la Generalidad de Cataluña no obliga, sin embargo, a declarar la nulidad de los preceptos que la desconocen, sino sólo su no aplicación directa en el territorio de la Comunidad Autónoma que ha planteado el conflicto. La cláusula de supletoriedad del derecho estatal, recogida en el art. 149.3 de la Constitución, permite sostener la validez de aquéllos, si bien su aplicación o eficacia será supletoria o de segundo grado dentro del territorio de dicha Comunidad Autónoma. Este es, por lo demás el mandato que se contiene —y que no ha sido tenido en cuenta por el Real Decreto objeto del presente conflicto— en la disposición final primera. 1 de la Ley 49/1981, según la cual «la aplicación de las disposiciones de este Estatuto (de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes) tendrá carácter supletorio respecto de las normas... dictadas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias». Esta supletoriedad ha de alcanzar también a las normas reglamentarias examinadas que han invadido las competencias propias de la Comunidad Autónoma catalana.»*

2º. Podemos distinguir una segunda fase en la que el Tribunal Constitucional matiza su doctrina precedente para adaptarla a la evolución del proceso autonómico. Así, las SSTC 15/89 y 103/1989 inician una nueva línea jurisprudencial en relación con la cláusula de supletoriedad del derecho estatal, de modo que se establece un primer corrector en el sentido de que dicha cláusula no puede identificarse con una cláusula universal que permita al Estado el ejercicio de competencias normativas sobre cualesquiera materia.

El Fundamento Jurídico Primero de la STC 15/89 se expresa en los siguientes términos: «*Como es notorio, el art. 149.3 C. E. establece la regla de que «el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas», lo que, en términos generales, según determinada interpretación, daría por sí mismo cobertura suficiente a la Ley impugnada, de manera que ésta, siempre y en todo caso, sería válida, aunque quedaría desprovista de eficacia directa en aquellos ámbitos territoriales en los que las correspondientes Comunidades Autónomas hubieran ejercitado las competencias legislativas que, sobre la materia «defensa de los consumidores y usuarios», constitucional y estatutariamente hubieran asumido.*

Sucede, sin embargo, que no es preciso, ni siquiera apropiado en este caso, tratar de explicar la legitimidad constitucional de la Ley en su conjunto, como Ley referida a la materia indicada, desde la consideración de la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal, la cual, en última instancia, quedaría de hecho configurada como lo que en manera alguna es, es decir, como una cláusula universal atributiva de competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado. A tal efecto, baste señalar que la materia «defensa de los consumidores y usuarios» no ha sido competencialmente asumida por todas las Comunidades Autónomas en términos de identidad u homogeneidad, por lo que todas aquellas competencias no atribuidas estatutariamente a las Comunidades Autónomas por imposibilidad constitucional, o por simple decisión de los propios Estatutos, habrán sido retenidas por el Estado en virtud del art. 149.3 C. E. Así ha sucedido, en efecto, ya que al no estar comprendida ni en el art. 148.1, ni en el art. 149.1, ambos de la C. E., sólo las Comunidades Autónomas no limitadas competencialmente por el primero de los referidos artículos han podido asumir competencias normativas plenas en dicha materia, correspondiendo al Estado su ejercicio en relación a todos los demás territorios autonómicos, lo que justifica la promulgación por el estado de una Ley en el ejercicio de la competencia que le es propia sobre defensa de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de que la aplicabilidad y eficacia de la misma no alcance por igual a todo el territorio nacional.»

Por tanto, a diferencia de la doctrina anterior, al Estado sí le es exigible un título competencial para poder ejercitar su potestad legislativa. A pesar de la afirmación anterior, las SSTC 103/1989, 214/1989 y 62/1990 matizan que, sin embargo, el Estado tiene potestad para dictar normas con la única finalidad de constituir derecho supletorio de las Comunidades Autónomas, aunque se trate de materias, cuyas competencias hubieran sido asumidas por las propias Comunidades Autónomas. Es decir, que se reconoce al Estado la posibilidad de legislar con el único propósito de llenar las posibles lagunas de los ordenamiento autonómicos.

En efecto, el Fundamento de Derecho 10 de la STC 62/1990 establece: «*Una previsión como la contenida en la disposición transitoria cuestionada no puede en modo alguno tacharse de inconstitucional por invasión competencial, sino que, por el contrario, es plenamente respetuosa con las competencias autonómicas. Con la misma se pretende evitar lagunas en una materia que, por afectar al ejercicio de una potestad como es la jurisdiccional, fundamento y soporte del sistema democrático, no admite los vacíos que pudieran derivarse de la falta de ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de la competencia para localizar la capitalidad de los partidos judiciales de sus respectivos territorios, teniendo el alcance de norma de carácter supletorio, lo que viene reconocido al Derecho estatal en el art. 149.3, in fine, de la Constitución con la finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico. A más abundamiento, la norma adquiere pleno sentido y justificación si se tiene presente que alguna Comunidad Autónoma, como La Rioja, no ha asumido competencia alguna en materia de Administración de Justicia, lo que hace necesaria la existencia de una norma como la cuestionada*».

Entiendo que esta doctrina también debe ponerse en conexión con la época histórica a que se refiere, ya que se trata de un momento en que los ordenamientos autonómicos adolecían de importantes vacíos normativos, de modo que al aplicador del Derecho, dicha cláusula de supletoriedad le ofrecía normas, con los que resolver las diversas controversias jurídicas suscitadas, evitando de otro lado la inseguridad jurídica propia de una situación como la que estamos describiendo.

Debe recordarse en este punto que nuestro sistema de fuentes reduce y limita los márgenes de actuación de los órganos jurisdiccionales (a diferencia de los sistemas anglosajones). Entiendo, por tanto, que, por lo menos en aquel momento histórico, la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional facilitó la tarea de los órganos jurisdiccionales, y en definitiva, de todos los operadores jurídicos, combatiendo la inseguridad jurídica y las lagunas normativas.

3º. La STC 147/1991 cambia de forma bastante radical la doctrina asentada en sus sentencias precedentes, de modo que se reconoce que las normas que el Estado dicte con la finalidad de servir de derecho supletorio en las Comunidades Autónomas pueden invadir competencias de éstas, exponiéndose los siguientes argumentos:

a) La cláusula de supletoriedad no debe considerarse como una norma distribuidora de competencias, sino que su función es la de garantizar un ordenamiento jurídico con la nota de complitud, de modo que se suministra al aplicador del Derecho una

regla con la que puedan superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico en determinadas materias.

b) Como la cláusula de supletoriedad no es una norma distribuidora de competencias, las normas estatales aprobadas con la finalidad de servir de derecho supletorio estarían sujetas al vicio de inconstitucionalidad, por falta de competencia, siempre y cuando aquella norma pretendiera para sí una aplicación incondicionada en el respectivo territorio autonómico.

Ello supone reconocer que la supletoriedad no puede ser impuesta por el legislador estatal desde normas *ad hoc*, es decir, desde normas creadas con el único propósito de incidir en materias en las que el Estado carece de título competencial suficiente que justifique dicha regulación. En caso contrario, la cláusula de supletoriedad se configuraría como norma atributiva de competencias, que como ya sabemos, ahora es negado por el Tribunal Constitucional.

A pesar de la contundencia de estas declaraciones, no es menos cierto que la propia STC 147/1991 establece ciertas excepciones a la regla general ya expuesta, de modo que en determinados supuestos, se justificaría la legitimidad constitucional de las normas estatales reguladoras de materias que han sido asumidas por las Comunidades Autónomas.

En definitiva, parece que el Tribunal Constitucional, después de establecer con claridad las premisas de la interpretación de la cláusula de supletoriedad, matiza que la casuística pudiera dar lugar a que se excepcionen dichas premisas, se establece expresamente la circunstancia de que las materias no sean asumidas por todas y cada una de las Comunidades Autónomas, e incluso que una misma materia puede ser asumida por las diversas Comunidades Autónomas con diferentes grados de intensidad (este es el argumento de falta de homogeneidad).

El Fundamento Jurídico 7 de la STC 147/1991 se expresa en los siguientes términos:

«*Sin embargo, la doctrina constitucional expuesta no puede ser entendida en el sentido absoluto de que las normas que el Estado dicte con la específica finalidad de servir de Derecho supletorio en las Comunidades Autónomas, en todo caso y cualquiera que sea su contenido, no invaden nunca las competencias de esas Comunidades, puesto que no es dable olvidar que dicha doctrina también señala: 1.º) que la regla de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 de la Constitución no constituye una cláusula universal atributiva de competencias para legislar sobre cualesquiera materias a favor del Estado (SSTC 15/1989 y*

103/1989), porque obviamente no es una norma competencial, sino ordenadora de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución; más bien, precisamos ahora, una cláusula de cierre que tiene por objeto realizar el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, suministrando al aplicador del Derecho una regla con la que pueda superar las lagunas de que adolezca el régimen jurídico de determinadas materias y 2.º) que la normación estatal aprobada con la finalidad de servir de Derecho supletorio estaría viciada de inconstitucionalidad, por incompetencia, si pretendiera para si una aplicación incondicionada en el respectivo territorio autonómico (SSTC 85/1983 y 103/1989).

Para armonizar de manera congruente esas distintas declaraciones doctrinales, integrándolas en un sistema conceptual dotado del grado de coherencia lógica que le es exigible, debemos, de un lado, distinguir entre competencias exclusivas y competencias compartidas y, de otro, reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función cuya operatividad corresponde determinarse a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de título competencial específico que justifique dicha reglamentación, puesto que esa carencia, según ha establecido la doctrina referida, no puede ser suplida con la conversión de la regla de supletoriedad en cláusula universal atributiva de competencia.

Las SSTC 15/1989 y 103/1989 establecen, como razones que justifican la legitimidad constitucional de las normas generales que el Estado dicte sobre materias que hayan sido asumidas por la Comunidad Autónoma, promotora del conflicto, en régimen de competencia exclusiva, la diversidad de grado de asunción competencial que pueda existir entre los Estatutos de Autonomía que delimitan el sistema de distribución de competencias entre las distintas Comunidades que forman parte de nuestro Estado compuesto y la existencia de competencias estatales concurrentes que permitan establecer la ordenación general de un sector en todo el territorio nacional.

Será, por consiguiente, ilegítima, por invasión competencial, aquella ordenación estatal de materias que hayan sido deferidas por los Estatutos de Autonomía a la competencia exclusiva de todas y cada una de las respectivas Comunidades Autónomas y en relación con las cuales el Estado no invoque algún título propio que le permita dictar normas

generales sobre dichas materias, puesto que la asunción de competencias exclusivas confiere a las Comunidades Autónomas, no sólo el poder oponerse a que las normas del Estado incidan en esas materias sometidas a su competencia exclusiva con alcance de aplicación directa, sino que también atribuyen a las Comunidades decidir si tales materias deben ser sometidas, por su parte, a reglamentación específica y en qué momento debe hacerse, lo cual las legitima para negar a dichas normas estatales alcance supletorio, especialmente, cuando en ellas se establecen mandatos prohibitivos que, a pesar de su pretendido valor supletorio, resultan de aplicación directa, mientras que la Comunidad Autónoma no decida someter la materia a reglamentación propia. Negarles dicha legitimación es tanto como imponerles, en contra de su voluntad, unas normas estatales en materias sobre las cuales el Estado no invoca título competencial distinto a la regla de la supletoriedad que no es, según se deja dicho, atributiva de competencias.

Lo expuesto conduce, en principio, a considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad. Esto supone que en cada conflicto en el que una Comunidad reivindique su competencia frente a dicha clase de normas estatales tendría que examinarse si se trata de competencias que corresponden en exclusiva a todas las Comunidades Autónomas pues si así no fuese el Estado tendría competencia para dictarlas en relación con aquellas Comunidades que no hubieran adquirido tal exclusividad. Por lo tanto, a la resolución de dicho conflicto se añadiría la dificultad de examinar con detalle todos y cada uno de los Estatutos de Autonomía con el fin de determinar si la competencia exclusiva viene o no atribuida con alcance universal a todas las Comunidades, puesto que de no ser así no podría declararse nula por incompetencia la norma estatal sino únicamente como inaplicable en el territorio de la Comunidad que, habiendo planteado el conflicto, resultase tener la competencia exclusiva sobre la materia; debe por ello evitarse un pronunciamiento de nulidad total que además afectaría a Comunidades que no han impugnado la norma estatal, quizás por seguir la política legislativa de considerar apropiada la normativa estatal y, por tanto, decidir el aplicarla mientras no consideren oportuno desplazarla a un grado supletorio mediante la aprobación de una reglamentación propia.»

4º. La STC 118/1996 continúa la línea interpretativa iniciada por la STC 147/1991, de modo que, con mayor contundencia que ésta,

establece que en aquellos supuestos de materias cuya competencia exclusiva corresponda a todas y cada una de las Comunidades Autónomas, el Estado no puede dictar disposiciones sobre dichas materias. Corresponde exclusivamente a las Comunidades Autónomas decidir si dichas materias deben ser sometidas a normación y cuándo deben ser sometidas a normación.

El Tribunal Constitucional establece, en consecuencia con lo anterior, que la supletoriedad no puede ser impuesta por el Estado mediante normas *ad hoc*, como ya decíamos con anterioridad; y que la supletoriedad del derecho estatal debe ser inferida por el aplicador del derecho autonómico. Al mismo tiempo, declara que, en consecuencia, son nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de la Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, siempre y cuando los Estatutos de *todas* las Comunidades Autónomas hayan asumido la competencia sobre la materia, de manera exclusiva y en un mismo grado de homegenidad.

Por tanto, como se puede observar, el Tribunal Constitucional sigue supeditando la nulidad de la norma estatal a estos dos condicionantes recogidos en la STC 147/1991.

Entiendo, sin embargo, que lo más novedoso de esta Sentencia es que se exige al Estado, para poder dictar una norma jurídica sobre una determinada materia, que invoque un título específico habilitador y concreto. No basta con invocar un título genérico que le atribuya alguna competencia sobre esa materia. Es decir, que si bien hasta entonces se consideraba compatible con el sistema la posibilidad de que el Estado dictase normas meramente de carácter supletorio allí donde ostentase competencias en la materia (aunque fuesen competencias tangenciales, que no directas), ahora, a través de esta Sentencia, se revisa este punto, de modo que el Estado no puede dictar Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas con ocasión de dictar, por ejemplo, la legislación básica sobre una determinada materia.

El Fundamento de Derecho Sexto y Séptimo de la STC 118/1996 se expresa en los siguientes términos:

«La cláusula de supletoriedad es, según la doctrina expuesta, una previsión constitucional emanada de la CE que se dirige al aplicador del Derecho, indicándole el modo en que deben colmarse las lagunas del ordenamiento autonómico, cuando las haya.

A tenor de la misma una vez que el aplicador del Derecho, utilizando los medios usuales de interpretación haya identificado una laguna en el ordenamiento autonómico, deberá colmarla acudiendo a las normas pertinentes, dictadas por el Estado en el ejercicio de las competencias

que la Constitución le atribuye: en eso consiste la supletoriedad del Derecho estatal que, por su misma naturaleza, no comporta atribución competencial alguna.

Por eso, para que el Estado pueda dictar normas jurídicas que regulen una materia determinada, no basta con que ostente un título que le atribuya cualesquiera competencias en esa materia, sino que debe poder invocar aquel título específico que le habilite en concreto para establecer la reglamentación de que se trate, sin que, como correctamente se afirmaba en la STC 147/1991, que acabamos de transcribir, pueda invocar como tal la cláusula de supletoriedad. Aquí se trata sólo, por lo tanto, de extraer las consecuencias lógicas de tal afirmación, que entonces no llegaron a formularse: si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dárselo, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias».

5º. Los pronunciamientos contenidos en las STC 147/1991 y 118/1996 son asumidos por la STC 61/1997, si bien llevándolos al extremo.

La última Sentencia citada ahonda y profundiza en los planteamientos anteriormente referidos, aunque añade un pronunciamiento que determina la inclusión de un elemento interpretativo que es digno de mencionarse. Partiendo de que la cláusula de supletoriedad no es regla de atribución de competencias en positivo, se añade que tampoco puede ser regla de atribución de competencias en negativo; de lo cual se concluye que la cláusula de supletoriedad no es tampoco título suficiente que permita al Estado derogar el que era su derecho propio (que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo o para derogarlo). Esto quiere decir que el Estado no puede disponer del derecho supletorio preexistente, lo cual contrasta con la postura mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 95/1986 en la que se justificaba expresamente que el Estado pudiera modificar la legislación estatal supletoria preexistente, porque, en caso contrario, aquella adquiriría *«una rigidez absoluta, de indiscernible fundamento material»*.

A la vista de la evolución jurisprudencial expuesta, ALVAREZ CONDE se pregunta: ¿Por qué el Tribunal Constitucional que había

dicho en Sentencia 76/1983, que *no cabe duda que las Cortes Generales como titulares de la potestad legislativa del Estado (artículo 66.2 de la Constitución española), pueden legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello* dice ahora lo contrario?

La respuesta a esta interrogante se ofrece en la STC 118/1996:

«...la necesidad de garantizar la plenitud del ordenamiento, dado que el ejercicio pleno de las distintas competencias es un proceso que, inevitablemente se prolonga en el tiempo, determina...un entendimiento de la supletoriedad condicionado por la situación embrionaria de los Estatutos de Autonomía...».

La aclaración hecha por nuestro Alto Tribunal entiendo que además de razonable, se ajusta o responde a un principio interpretativo esencial, en tanto en cuanto las normas deben interpretarse en relación con los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (artículo 3.1 del Código Civil).

Las tesis mantenidas en las SSTC 118/1996 y 61/1997[26] fueron duramente criticadas por el sector doctrinal encabezado por GARCÍA DE ENTERRÍA.

[26] La STC 61/1997 anuló parte del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992. Ello motivó que las Comunidades Autónomas emprendieran una labor de redacción de textos legales y reglamentarios urbanísticos, con el objeto de evitar el problema de acudir al Texto Refundido de 1976, así como a los preceptos en vigor del Texto Refundido de 1992. Desde el Estado se dictó, por su parte, la Ley de Régimen de Suelo y Valoraciones 6/1998, de 13 de Abril, con la intención de ajustarse a la STC 61/1997, dictando así una norma de conformidad con los títulos competenciales, a través de los cuales el Estado podía influir en el urbanismo o la ordenación del territorio. Ello no obstante, y a pesar de que la legislación estatal urbanística se redujo a los mínimos definidos en la STC 61/1997, y si ello no hubiera sido suficiente como garantía del respeto de las competencias autonómicas en esta materia, la STC 164/2001 tuvo que enfrentarse a la posible declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones. Aquella Sentencia, sin embargo, consideró que este texto legal sí debía ser considerado como constitucional. Señala GONZALEZ -VARAS IBAÑEZ (Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional. Tribuna. Tomo I. 2002. Pág.2042) que «si la Constitución no podía, en efecto, valer sólo para el Estado, obligándole a reducir su legislación urbanística. También tenía que regir para las Comunidades Autónomas, exigiendo a éstas a que respetaran los preceptos constitucionales válidos para el Estado. Y sin embargo, con cierto estupor, uno podía leer la mayor de las legislaciones autonómicas, tanto las existentes antes de esta jurisprudencia constitucional como las dictadas con posterioridad a la misma, las cuales no parecían mostrar esfuerzo alguno ora para adaptarse (en el primer caso), al marco de la legislación estatal de la Ley 6/1998, ora para dictarse respetando este cuerpo legislativo estatal. Esta actitud es, a mi juicio, algo sorprendente, aunque sean pocos los preceptos estatales que repercuten sobre urbanismo, dichos preceptos tendrán que respetarse. Tiene que formarse un cuerpo armónico, a modo de un rompecabezas donde encajen las distintas piezas, entre la legislación estatal y la legislación autonómica. Y sin embargo, parece como que el Estado ha de respetar estrictamente el Título VIII de la Constitución, mientras que las Comunidades Autónomas pueden mostrar una actitud de profunda indiferencia hacia el marco de legislación estatal. Por tanto, las Comunidades Autónomas que cuentan con legislación precedente a esta Jurisprudencia Constitucional deberían reformar sus leyes urbanísticas para adaptarlas al texto estatal. Y las Comunidades Autónomas que dicten leyes urbanísticas, después de esta legislación estatal, tendría que haber seguido los criterios de la Ley 6/1998». En este

Así, el citado autor califica como *«gravemente errónea y de necesaria rectificación»* la doctrina manifestada en aquellas Sentencias. Se invocan, fundamentalmente los siguientes argumentos:

1º. La cláusula de supletoriedad no debe reducirse a un mero instrumento de salvamento de *lagunas de derecho*, sino que aquella se eleva a algo más importante, cual es, la de cláusula de integración del ordenamiento global del Estado.

2º. Se considera un error pretender buscar un título específico atributivo de una competencia especial para que el Estado pueda dictar normas con carácter de supletorias del Derecho autonómico. El Estado tiene competencia universal para dictar Leyes en general ex artículo 66 de la Constitución, con la única excepción de las materias específicas que la Constitución y los Estatutos de Autonomía hayan reservado a las Comunidades Autónomas respectivas. Pero en éste no se incluye el caso del Derecho supletorio del Derecho propio de aquellas. O dicho en positivo, las Comunidades Autónomas no pueden regular por sí mismas el régimen de la supletoriedad de su propio derecho.

Las SSTC 118/1996 y 61/1997 invierten el sistema constitucional de distribución de competencias de forma incomprensible, pues a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, son las Comunidades Autónomas las que necesitan de título específico de atribución de competencias normativas, pues sólo esas competencias específicas son la que limitan las competencia universal del Estado.

3º. Se arguye en tercer lugar, una razón de pragmatismo.

La doctrina del Tribunal Constitucional remite a la discreción de «los aplicadores del Derecho» la función de rellenar las lagunas de los ordenamiento jurídicos autonómicos (ello como alternativa a la promulgación estatal de normas supletorias). Ello propiciará en el orden práctico un desorden, en tanto en cuanto a los miles de aplicadores del Derecho le seguirán miles de soluciones diversas.

A lo anterior, debe añadirse que es previsible que algunas Comunidades Autónomas omitan la normativa de desarrollo de la legislación básica del Estado, abriéndose así, según el citado autor, *un juego*

sentido, podemos traer a colación la STC 54/2002, en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Abogacía del Estado contra el artículo único, apartado 1 de la Ley del Parlamento Vasco 11/19998 de 20 de Abril, de modificación de la Ley.3/1997 de 25 de Abril, por la que se determina la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística. La citada STC declara la inconstitucionalidad de dicho precepto por contradecir las condiciones básicas determinadas por el Estado, lo cual supone, a juicio de GONZALES-VARAS IBAÑEZ «un primer toque de atención para que las Comunidades Autónomas procuren respetar las regulaciones de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones...El filtro constitucional que ha afectado a la legislación estatal debe llevarse hoy a la legislación autonómica, depurándose ésta» (Pág.2044. Opus citada)

peligroso, manifiestamente contrario a la coherencia y la unidad del sistema como también a la seguridad jurídica de los destinatarios de las normas; de modo que la potestad legislativa del Estado podría quedar con normalidad frustrada por la pasividad autonómica en dictar normas de desarrollo. Se crea así, concluye GARCÍA DE ENTERRÍA, un «título» autonómico nuevo, que vendría a suplir la supuesta falta de título propio del Estado, contradiciendo un principio ampliamente consagrado por la doctrina del Tribunal Constitucional: las competencias públicas no son renunciables.

Esta problemática (la de la frustración del legislador estatal por consecuencia de la posible inactividad autonómica) no ha escapado al Tribunal Constitucional, tal y como se desprende de la STC 195/1998.

Dicha Sentencia declara inconstitucional una Ley estatal (La Ley.6/92 de 27 de Marzo, por la que se declara la Reserva Natural de las Marismas de Santoña y Noja).La particularidad de aquella sentencia es que, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad se evita (conscientemente) declarar la inmediata nulidad de la misma (tal y como exige el artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). La explicación de esta particularidad, nos la ofrece el Fundamento jurídico 5º de la propia STC 195/1998:

«...deben evitarse al máximo los posibles perjuicios que esta declaración (la de inconstitucionalidad) puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia... Por ello, en tanto la Comunidad Autónoma no ejerza la competencia que en esta Sentencia le reconocemos la inmediata nulidad de la Ley 6/1992 podría provocar una desprotección medioambiental de la zona con graves perjuicios y perturbaciones a los intereses generales en juego y con afectación de situaciones y actuaciones jurídicas consolidadas».

Como señala TEJEDOR BIELSA [27], *«el Tribunal Constitucional condiciona la efectividad de la nulidad a la actuación que, sobre la cuestión objeto de la norma estatal declarada inconstitucional, desarrolle la Comunidad Autónoma afectada por la misma»*.

Parece claro que la solución técnico-jurídica adoptada por el Tribunal Constitucional, aunque bien intencionada, no parece lógica.

Es bien intencionada, porque trata de evitar el vacío normativo de una determinada materia (que en este caso, además, afecta a la protección del Medio Ambiente), mediante el mantenimiento de la vigen-

[27] J.C Tejedor Bielsa. *Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad?* La STC 195/1998, de 1 de Octubre. REDA Nº101.1999. Pag.124.

cia de la ley estatal supletoria sobre aquella materia (que es declarada inconstitucional), en tanto en cuanto no se regule la misma por la Comunidad Autónoma.

Y no parece lógica, pues se hace una interpretación *contra legem* del artículo 39.1 de la LOTC (por no decir una vulneración frontal y directa del citado precepto); cuando aquel vacío normativo pudiera evitarse, y de hecho, se evitaba, mediante la aplicación de la primera doctrina constitucional sobre la cláusula de supletoriedad (nos referimos a la doctrina previa a las SSTC 188/1996 y 61/1997).

Y DE NUEVO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN: GENOTIPO Y FENOTIPO

POR

FRANCISCO RACIONERO CARMONA

MAGISTRADO

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NO 1 DE MADRID

De la misma manera que los seres humanos presentan determinados rasgos visibles que son la manifestación externa de su carga genética, la(s) Administración(es) Pública(s) ofrecen esa misma peculiaridad, que en un ámbito menos certero que el científico-experimental, podríamos designar como lo que **«es»** frente a **«como se nos ofrece»**, como se exterioriza.

Del primer término mucho se ha hablado y escrito —y se sigue haciendo— y con mejores mañas, pero no será malo recordar algunos de sus genes, lo que constituye el «núcleo esencial» de su carga genética.

I. EL GENOTIPO

«Endereza su cola como un cedro... sus huesos son como tubos de bronce... Nadie se atreve a provocarle ni puede estar a pie firme delante de él. ¿Quién jamás le hizo frente y quedó a salvo?... ¿Quién jamás le despojó de su manto, quién exploró la doble fila de sus dientes, le abrió las puertas de la boca?. El círculo de sus dientes infunde terror; su dorso está armado de láminas de escudos, compactas y cerradas como un guijarro... Sus estornudos son llamaradas... de su boca salen llamas... sale de sus narices humo... su aliento enciende los carbones, saltan llamas de su boca... su corazón es duro como el pedernal... de su

majestad temen las olas, las ondas del mar se retiran. La espada que le ataca se rompe, no resisten la lanza ni el dardo ni el venablo; para él el hierro es como paja y el bronce cual madera carcomida... No hay en la tierra semejante a él, hecho para no tener miedo... ES EL REY DE TODAS LAS FIERAS» [52].

Con tan entrañable criatura identificó Thomas Hobbes al Estado —tanto que le impuso el mismo nombre— cuando escribió allá por 1649 su obra más famosa [53].

No es cuestión, ahora, de repetir otra vez la doctrina de la separación de poderes, cuales de éstos componen la fuerza infinita de Leviatán. De lo que no cabe duda es de que en el seno de uno de ellos, el denominado Ejecutivo, se inserta la Hidra polimorfa, que solo Hércules pudo domeñar: la Administración Pública. Es en ella, sin duda alguna también, donde Leviatán muestra su rostro más sañudo. Pocas veces se enfrenta el ciudadano al «Estado»: a los jueces (el Poder Judicial), solo en la situaciones de patología, y en cuanto a las leyes (Poder Legislativo) no se sufren hasta su aplicación; antes son textos legales, cosa de gentes de toga [54].

Corresponde a la Administración (el otro Poder, el Ejecutivo) la aplicación y ejecución de las leyes [55]. Pues bien, no hay un solo día, acaso ni una sola hora, en que los ciudadanos no perciban el aliento de una Administración en su espalda. Para bien o para mal, que de todo hay: cuando se cobra el desempleo, o se recibe un servicio gratuito, o se cobra la pensión de jubilación, o los agentes, sean policías o bomberos, palian con sus esfuerzos los efectos de una catástrofe, también está presente la Administración. Sin embargo, todo hay que decirlo, no es ese el sentimiento ciudadano, el «consensus populi» con el que los glosadores definían la costumbre. Antes bien lo contrario. Voracidad implacable, sobre todo fiscal, pero también sancionatoria; encastillamiento; arbitrariedad; multiplicidad de trámites y dispersión de oficinas, irracionalidad; caos procedimental; inmensidad normativa, y un largo etcétera.

[52] Job 41. 1-25.

[53] «Leviathan, or de Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil», publicada en Londres en 1451

[54] Normas creadas, notoriamente en España -como los programas electorales-, para su incumplimiento o, afinando más, para su no-cumplimiento. *«En España las normas no se cumplen suficientemente hasta tal punto que las colecciones del Boletín Oficial del Estado no tienen más valor que el de un montón de papel viejo. Los españoles no tienen conciencia de que las leyes han de ser cumplidas y se creen que son entretenimientos con los que los políticos y parlamentarios justifica su existencia»*. A. Nieto. «La nueva organización del desgobierno». Ed. Ariel. Barcelona. 1998

[55] Pero en el bien entendido que el fin del Estado no es realizar el Derecho, sino atender intereses. Los ciudadanos no quieren que el Estado realice el Derecho, sino que haga carreteras, ordene el comercio y distribuya la riqueza o asegure la paz social.

En mi opinión, sin embargo, y vaya por delante por todo lo que ha de venir que, aunque divertidamente expuesta, es desmesurada la tesis de que *«el desgobierno de España se produce por la perversa intención de la clase política empeñada en que la cosa pública no funcione para así poder saquear el país a su gusto; y a tal efecto ha provocado una desorganización sistemática del aparato público. Esta afirmación tan rotunda no ignora, claro es, que existen otras concausas más o menos incidentes y más o menos fabuladas: la dureza del clima, la pobreza del suelo, la sangre visigoda, la fisiología patológica de la dinastía austriaca, el oro americano, la pereza, salvajismo y glotonería de los españoles, la influencia de la religión católica»* [56].

1. La necesidad

El Estado, y por tanto una de sus partes, es necesario: sin ese titular del monopolio de la violencia, ésta es soberana y no hay vida humana posible. En efecto, cuando un grupo humano no alcanza un nivel mínimo de «gobernación», cobra toda su fuerza la necesidad que los humanos tenemos de gobierno, el que resulta insustituible para impedir que lo peor de la naturaleza humana aflore al comportamiento de los individuos, arrasando su conciencia, y se expanda sobre la superficie social como mancha de aceite: depredación, muerte, ensañamiento y todo tipo de perversiones cebándose en la insaciabilidad de los viciosos y la indefensión de los más débiles, especialmente mujeres, niños, campesinos y grupos étnicos históricamente subordinados. Ensombrece nuestra condición humana comprobar que la ausencia de gobierno lleva aparejada la negación total de la libertad y que, en las perspicaces palabras de Cicerón, necesitamos la atadura de las leyes para poder ser libres [57].

El Estado garantiza, en fin, la seguridad, sostiene los derechos, permite los intercambios, impone el cumplimiento de los contratos. Sin él, la economía no sería posible, salvo el nivel primario de la autosubsistencia, el trueque y la rapiña [58]

[56] A. Nieto. Op. cit.

[57] Rafael López Pintor. «Votos contra balas». Ed. Planeta. Madrid. 1999. El autor fue consultor de la Secretaría General de Naciones Unidas entre 1989 y 1999 participando en los acuerdos de paz y subsiguientes procesos electorales de diversos países centroamericanos; quien esto escribe conoce bien la realidad que se describe, al menos en El Salvador —donde ha sido consultor internacional para la reforma penitenciaria— y Guatemala.

[58] G. Ariño Ortiz. «Principios de Derecho Público Económico». Ed. Comares-Fundación de Estudios de Regulación. Granada 2001.

2. La razón de ser

La Administración es una organización compleja de la que se sirve el Estado para cumplir sus fines, que no son otros que las políticas que desarrolla o, si se prefiere, los bienes y servicios que presta y los intereses que atiende: la educación, la salud pública, las fuerzas armadas y de seguridad, las comunicaciones, la economía, etc. En definitiva, la actuación administrativa individualiza la universalidad del Estado en las particularidades de la sociedad. Pero con algunas peculiaridades que no por conocidas es ocioso recordar. Esta organización es un puro instrumento que se justifica sólo por lo que hace: servir, ex artículo 103 de la Constitución, a los «intereses generales», pero también, y esto es esencial, a «intereses individualizados» aunque a veces algún funcionario piense lo contrario o, sencillamente, lo ignore. La Administración, pues, sirve —y por ello le conviene tanto la denominación de «organización servicial»—, no representa a los ciudadanos; sus actos no valen como propios de la comunidad sino como propios de una organización dependiente y necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada[59]. Lo que dicho más toscamente no significa más que el dueño, el propietario de la Administración, es el ciudadano. Y que por ello, no está siempre aquélla en posesión de la verdad, no es la dueña exclusiva y la intérprete única del interés público; que no puede actuar «frente» o «contra» o «a pesar» de los ciudadanos; que su misión no es la caza y captura ni la tienta y derribo, sino justamente la contraria.

3. El modo de actuar

Que no es otro que «con sometimiento pleno a la ley y al derecho». Lo que se traduce en que

a) ha de acomodarse a todo el sistema de fuentes: a la Constitución, desde luego, y a las leyes formales, pero también a las normas emanadas del gobierno con fuerza de ley, los Tratados internacionales, las costumbres y principios generales del Derecho y, desde luego también, a los reglamentos dictados por la propia Administración[60];

[59] E. García de Enterría y T. Ramón Fernández. «Curso de Derecho Administrativo». Civitas. Madrid 1998-1999.

[60] Por esta obligación de someterse a sus propios actos normativos —la conocida inderogabilidad singular de los reglamentos— es tan expresivo el dicho *patere legem quam tulisti (o fecisti)*, es decir, sufre, padece la ley que has hecho.

b) esta última potestad, la reglamentaria, tiene dos límites infranqueables: la reserva de ley, material y formal[61], y la imposibilidad de dictar reglamentos que afecten a la libertad de los ciudadanos —tampoco dictar actos o iniciar actuaciones materiales que tengan tal resultado—;

c) pero esta vinculación normativa tiene, además, una addenda: que es de carácter positivo: la Administración solo puede hacer aquello que la norma, el «título habilitante», le autoriza a hacer —incluida, por tanto, la disponibilidad patrimonial— y, por tanto, no puede actuar en aquellos ámbitos que meramente no le están vedados[62];

d) un régimen financiero de Derecho Público: presupuesto vinculante, estricta legalidad de sus ingresos, rendición de cuentas, intervención y control previo del gasto, etc;

e) y, por último, toda su actuación, la adecuación a la legalidad, está sometida a control jurisdiccional. De este modo, el círculo se cierra y no tiene la Administración espacios exentos: la norma actúa como uno de los brazos de la tenaza, y el juez como la otra.

4. Las contrapartidas

Tan férreas sujeciones se ven, sin embargo, paliadas por lo que se ha llamado «régimen exorbitante» del Derecho Público que concede a la Administración un amplio abanico de inmunidades y privilegios, nucleados en torno a la potestad de autotutela: presunción de legalidad de sus actos y ejecutividad, ejecutoriedad, ejecución forzosa, régimen privilegiado de sus bienes y créditos, vías administrativas preceptivas y previas al ejercicio de acciones judiciales, potestad sancionatoria directa, etc.

5. La reforma

Que es su revolución pendiente. Los textos que se refieren a la reforma de la Administración, tan jugosos como incontables, cubren

[61] Se ha hablado incluso de una «reserva constitucional de Derecho Administrativo», es decir, que de los arts. 1, 9 y 103 de la CE se puede deducir que el sometimiento no se refiere a «cualquier Derecho» sino, en concreto, al Derecho Administrativo.

[62] A salvo los supuestos de ejercicio de la potestad de autoorganización y de adopción de medidas de fomento —si no requieren desembolso de fondos públicos—: en estos supuestos rige la «vinculación negativa».

la Historia reciente. Haré una sola cita, que es extensa pero constituye un clásico cuando de reforma administrativa se trata. Proviene del «*Diccionario de los políticos o verdadero sentido de las voces y frases más usuales entre los mismos, escrito para el divertimento de los que ya lo han sido y enseñanza de los que aún quieren serlo*». El autor, Juan Rico Amat, lo escribió hace ya casi siglo y medio, en 1855. En la voz «reforma» se dice: «Bandera de los pronunciamientos todos, fantasmagoría para distraer y embaucar a los pueblos, anuncio de situaciones apuradas, cantinela de la Administración Pública, y el pan nuestro de cada día rezado por todo Ministerio nuevo. Al persignarse un ministro el primer día que entra en el templo del poder, le dirige al pueblo la siguiente oración: Las reformas de cada día ofrecémoste hoy; perdónanos nuestras flaquezas, así como nosotros perdonamos a nuestros débiles enemigos; no nos dejes caer en la tentación de sacrificarte, y líbranos de un alzamiento nacional. Amén».

En efecto, desde el siglo XIX (por obra de Bravo Murillo y de Maura) se habla de «reforma administrativa» —hoy, la palabra mágica es «modernización»—. A mediados del XX se sigue insistiendo en lo mismo, en un proceso que se inició en 1956 mediante el que el régimen anterior al constitucional vigente pretendió «legalizar», es decir, someter al principio de legalidad a la Administración través de un conjunto de leyes administrativas generales[63]. Nuevos aires reformistas trajo la Constitución de 1978, en concreto, respecto de los funcionarios públicos. Se empieza a considerar a la función pública en su conjunto como un elemento estratégico de primera magnitud para la necesaria transformación de las Administraciones Públicas y también para la consolidación del nuevo régimen democrático. Durante los años de la transición, los funcionarios, y muy especialmente algún sector cualificado de ellos, son considerados por los partidos como un factor importante para la formación de sus políticas. Y, en su caso, para llevarlas a cabo si llegan a asumir responsabilidades de gobierno. Por eso no es extraño que se les hiciera reiterados guiños en forma de promesas electorales o parlamentarias Un ejemplo palmario de cuanto afirmamos es el Estatuto básico de la función pública (ley de bases del régimen estatutario de los funcionarios) aún pendiente a pesar de que es una de las competencias exclusivas del Estado (artículo 149 1.18 de la constitución), y de las reiteradas promesas electorales hechas desde 1981[64].

[63] Ley de Expropiación Forzosa, de 1954; Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, de 1956; Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 1957; Ley de Procedimiento administrativo, de 1958.

[64] L. F. Crespo Montes, «El Estatuto básico de la función pública ¿una desgana políticamente compartida?. Actualidad Administrativa n.º 22. Junio de 2001.Ed. La Ley.

Y como la vida sigue parece que igual, «el Ministro de Administraciones Públicas... afirmó ayer que en los próximos quince días se pondrá en marcha el acuerdo de modernización para la función pública... que debe suponer una Administración más cercana...»[65]

II. El fenotipo

Analicemos ahora el aspecto visible, aquel rostro sañudo a que antes hacíamos referencia.

1. La enormidad

El signo más visible. Con unos recursos económicos, financieros y humanos realmente abrumadores. Nuevas demandas sociales de bienes y servicios, mayores exigencias ciudadanas, pero también un desmedido afán regulador, han producido una hiperinflación administrativa[66], un crecimiento elefantiásico de los órganos administrativos, el sueño funcionarial: la megaadministración.

Hiperinflación que se traduce en:

a) *aumento de los órganos administrativos tradicionales*: superministerios, fusiones de ministerios, nuevos tipos de ministerios de status especial, etc.
b) *creación de órganos de estructura distinta y desgajados de ese organigrama jerárquico y por «ramos»* (Justicia, Hacienda, Obras Públicas, etc.), propio de la estructura administrativa secular.
c) *implantación de Agencias y entidades reguladoras independientes*[67].
d) *constitución de otros órganos sin relación alguna con la tradición*: comisiones, órganos asesores, grupos de trabajo, asesores especiales, colaboradores, etc.
e) pero sobre todo en la *irresistible ascensión, hasta el paroxismo, de ese magma que se denomina Administración institucional o instrumental.*

[65] Periódico El Mundo, Jueves 6.2.2003.

[66] Contrapesada, es cierto, por los nuevos vientos desreguladores producto de ese fenómeno complejo que se ha dado en llamar «globalización».

[67] Por su parte, las entidades reguladoras independientes («reguladores», para abreviar) son organismos que se sitúan a cargo de los distintos sectores estratégicos (Banco de España, para la política monetaria y la estabilidad del sistema financiero; Comisión Nacional del Mercado de Valores, para la Bolsa; Comisiones sectoriales para la energía o las telecomunicaciones) que, con los poderes —potestades administrativas— que se les confieren son elemento esencial del juego de instituciones que sostienen el mercado; son el «metamercado» y, por tanto, con una influencia decisiva en el sector económico afectado.

Lo que antes pretendía regular la Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 1958, y la General Presupuestaria, de 1988, ese infinito número de entes, entidades, empresas, corporaciones, organismos, etc., ahora se ha querido racionalizar —está por comprobar su éxito— en la Ley de Ordenación y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 1997, estableciendo una única categoría, organismos públicos y una sola clasificación, *organismos autónomos*, por un lado y *entidades públicas empresariales*, por otro. Habrá que esperar a ver en qué queda todo esto. En todo caso, cualquiera que sea su denominación, tienen como características comunes el responder al criterio de *descentralización funcional* —una administración matriz que crea cualquiera de estas entidades para realizar actividades concretas propias de aquélla— y la *huída del derecho administrativo*, del derecho público o, más precisamente, de los condicionamientos de los controles de legalidad, gasto público y garantías del ciudadano, para desempeñar sus actividades en competencia con los particulares.

Merece la pena detenerse u instante en esta deriva hacia el Derecho privado [68]. Aunque después nos ocupemos de esta cuestión in extenso, es casi un lugar común la referencia a la privatización del Estado —en aras de una pretendida eficacia—, que se concreta tanto en la exención de principios básicos del Derecho Público a la empresa pública [69] como en el trasvase de las organizaciones públicas al Derecho privado.

Tradicionalmente, la forma privada se reservaba para actividades empresariales, a las que se llamaban «gestión económica del Estado». Pero a finales de los 80, bloques enteros desgajados de la Administración Pública se han vestido de nuevas formas jurídicas, con un régimen jurídico privado, al menos para sus actividades logísticas: se cambian los regímenes del personal, de contratación, de disposición del patrimonio, de creación de sociedades, de presupuestos, etc. [70]. Además, entre 1988 y 1992 más de treinta organismos han

[68] En lo que sigue, soy especialmente tributario del Prof. G. Ariño Ortiz, grato recuerdo de los tiempos de Facultad. «Principios de Derecho Público Económico». Ed. Comares-Fundación de Estudios de Regulación. Granada 2001.

[69] Recuérdese la D. Transitoria segunda del Reglamento General de Contratación (aprobado por Decreto 3410/1975) que, a este respecto, contenía solo recomendaciones.

[70] El ejemplo más llamativo de esta metamorfosis ha sido la Agencia Estatal de Administración Tributaria. La Ley 31/90, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 convierte varias Direcciones Generales, dependientes de la Secretaría de Estado de Hacienda en un ente público del artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria. En el ejercicio de las competencias públicas de recaudación se rige, como es lógico (no podía ser de otra manera), por el Derecho Público. Pero en el resto de sus actividades, tanto «ad *intra*» como «ad *extra*», se somete al Derecho privado: contratación, personal funcionario y laboral, régimen patrimonial, etc.

modificado su naturaleza jurídica: el que era Dirección General ha pasado a Organismo Autónomo —administrativo o comercial—; el que era Organismo Autónomo administrativo ha pasado a ser comercial o industrial; el que ya era industrial se ha convertido en Sociedad Estatal o Ente público singular: siempre obteniendo mayor libertad de acción, menor sujeción a la norma, menor control. Con la Ley General Presupuestaria se consuma la ruptura entre forma y régimen jurídico creándose las «Entidades de Derecho público que por ley ajustan sus actividades al Derecho Privado». Se crean sociedades interpuestas a las que se atribuye la gestión de obras públicas e infraestructuras (HOLSA, para la las Olimpiadas de 1992; EXPO 92 para la Exposición Universal del mismo año). Se crean, en fin, sociedades cuyo objeto social es tan indeterminado que sirvan para todo [71].

Esta hiperinflación orgánica, naturalmente, ha tenido más causas. No solo aquella *huida del Derecho público*; también el uso intensivo, más bien abusivo, sin control, de la *potestad de autoorganización* por la vía más fácil del Decreto ley; la experiencia contrastada de que *toda organización tiende a justificar su existencia* mediante la yuxtaposición de trámites, procedimientos, exigencias, que a su vez generan nuevas necesidades —todo funcionario requiere una mesa, ésta un teléfono y un ordenador que produce papeles que han de ser transportados a otra dependencia para ser controlados y supervisados por un jefe el cual, realizada su función, procede a ordenar su archivo (naturalmente «con copia a...») que requiere más espacio; y así ad infinitum—. Por último, el *sistema de retribuciones* del funcionariado, en el que tiene un peso decisivo los complementos, constituye una invitación permanente a crear nuevos niveles (jefaturas) para así conseguir un aumento de retribuciones para categorías completas de funcionarios. Partenogénesis en estado puro.

Así, de modo incontenible, la Administración se ha convertido en el protagonista, en el actor principal de la escena, en detrimento del Parlamento afectando incluso a su producto más genuino: la ley clásica está ahora acompañada por otras leyes que, por imposibilidad de aquél, se limitan a «encuadrar» la realidad a normar: leyes cuadro, leyes medida, leyes básicas, leyes programa; y ello cuando no está directamente sustituida por la regulación administrativa: el decreto-ley.

[71] «Iniciativas de Cataluña S.A.» es la primera compañía de capital-riesgo que se crea en España con capital público, y cuyo acuerdo de constitución fue anulado por e la STS de 6.9.89

2. Marea normativa

Lo que nos conduce a otro fenómeno a describir: la inmensa marea normativa [72], especialmente en el ámbito del Derecho Administrativo [73]. Porque no sólo existen dos fuentes de producción normativa. Además de la legislación emanada de las *Cortes* y de los reglamentos de la *Administración pública estatal*, rigen nuestra vida leyes de los *Parlamentos o Asambleas autonómicos*, que son diecisiete —con frecuentes recursos al Tribunal Constitucional interpuestos tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas—, y reglamentos de *otras tantas Administraciones* y, en fin, los dictados por los *Ayuntamientos*, que son miles. Pero no concluye aquí la paroxística actividad normativa. A los tres torrentes autóctonos, hay que añadir las cada vez más frecuentes y complejas normas procedentes de los órganos comunitarios europeos, no pocas de las cuales tienen vigencia directa en el ordenamiento español, «son» ordenamiento español, y los Tratados Internacionales del Derecho Internacional (interestatal) clásico, que por mandato constitucional (artículo 94) también forman parte de nuestro derecho interno.

Panorama complejo y preocupante, ciertamente [74], que afecta directamente a la seguridad jurídica, como ya puso de manifiesto el Consejo de Estado en su Memoria de 1992 —citando a Pomponio: *sine lege certa, sine iure certo*— y el mismo Tribunal Constitucional —S. 71/82, p.ej.— y el Tribunal Supremo —S. de 17.3.94—.

Y junto a la cantidad, la calidad que, en punto a normas jurídicas, se traduce en inteligibilidad y comprensión por parte de sus destinatarios, que somos todos. Lo que implica —debería implicar— la remisión al lenguaje y al «arte de legislar» nacido de la Ilustración. «Las

[72] Que hace llegar a pensar que todo lo no regulado, que queda por ello dentro del ámbito de autonomía de los particulares, parece afectar seriamente al sistema neurovegetativo de los gobernantes: o reglamento o caos y perdición, parecen cavilar.

[73] No es ajeno al desbordamiento de este sector del ordenamiento el incumplimiento sistemático del artículo 129.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1956, que obligaba a que, antes de formularse ninguna propuesta de nueva disposición, debía acompañarse al proyecto la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y a que en la nueva disposición se hicieran constar expresamente las anteriores que quedaban total o parcialmente derogadas. Esta ley ya no está en vigor; y la Administración, incapaz de poner orden en la propia normativa que crea, ha logrado que en su heredera, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 1992, reformada ya en 1999, no se contemple tan sana obligación, que permitiría poder navegar con algo más de seguridad por las procelosas aguas reglamentarias. En efecto, no siempre es fácil, a pesar de las bases de datos, descubrir la norma vigente e, incluso, saber qué parte de la misma lo está.

[74] Que ha preocupado desde siempre. Recomiendo la lectura de «La seguridad jurídica ante la abundancia de normas» tan breve cono interesante, de José Luis Palma Fernández. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997.

normas dictadas para ordenar la conducta de los ciudadanos, deben ser transmitidas a través de signos suficientes que les permitan distinguir claramente lo justo de lo injusto» [75]. Es verdad que la vaguedad de las leyes no es siempre evitable y también lo es que el lenguaje jurídico tiene una textura abierta con significados cambiantes [76]; pero, al menos habrían de evitarse las «imperfecciones» a que ya se refirió Bentham [77]: las de primer orden (ambigüedad, oscuridad y voluminosidad), y las de segundo (incertidumbre de significado y en la expresión, redundancia prolijidad, embrollo, carencia de ayudas a la intelección y desorden). ¿Recuerda el lector la expresión del Presidente del Congreso de los Diputados durante la votación de la ley de televisión digital, el 17 de Abril de 1997?

3. La eficacia y sus consecuencias: procedimiento y expediente administrativo

Que se relaciona, casi como el envés de la moneda, con la dejación del Derecho público, y que es, ciertamente uno de los principios organizativos plasmados en la Constitución ex artículo 103, expresamente tratado, en términos vigorosos por su más alto intérprete:

> *«...uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse (es) el de eficacia...Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia.»* (STC22/1984); *«... la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa... que debe predicarse no solo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen,... establecer fórmulas y cauces de relación entre una y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las CCAA, en el ejercicio de las competencias...»* (STC 27/1987); *«Un principio que debe presidir, como es obvio, lo que es previo a la actividad administrativa, la «organización» y, en consecuencia, el aparato burocrático... Si España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, una de sus con-*

[75] John Locke. «Ensayo sobre el conocimiento humano». Fondo de Cultura Económica. Madrid 1992.

[76] H.L.A. Hart. «El concepto de Derecho». Editora Nacional. México D.F. 1980.

[77] J. Bentham. «Nomografía o el arte de redactar leyes». Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE. Madrid 2000. Empleaba este término «para distinguir aquella parte del arte de legislar que tiene relación con la forma que se ha dado, o que es adecuado que se dé, del contenido de que se componen el cuerpo de leyes y sus distintas partes».

secuencias es la plasmación de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos y la satisfacción de las necesidades de la colectividad...»; «... es además un mandato para la Administración Pública...» (STC 178/1989).

También el Tribunal Supremo se ha referido a este principio, relacionándolo con *«la técnica de racionalización y simplificación del trabajo administrativo que* (establece) *el artículo 55.2 de la ley 30/92...* (permitiendo) *«conjugar la garantía con la eficacia...»* (STS 15.11.2002).

La Administración, pues, quiere ser ante todo eficaz, concepto de suyo difícil de aprehender, más aún en relación con este complejo organizativo que no mide ni tiene por qué medir sus resultados en términos monetarios ni de producción, es decir, cuantificables. La eficacia, cuyo altar se adorna con toda suerte de técnicas organizativas y de gestión gerencial traídas del sector privado [78], no puede definirse más que con ideas muy generales: idoneidad para conseguir el resultado pretendido, éxito en la acción, poder adecuado para conseguir el fin o relación entre lo que efectivamente se realiza y lo que puede realizarse.

Pero también la Administración Pública está sometida a la legalidad (artículos 1.9 y 103 CE). Y así, el enfrentamiento está servido: ¿qué se considera «eficaz»?; ¿qué la Administración siga todos los requisitos procedimentales establecidos para garantizar la equidad y objetividad en un proceso de selección para la contratación pública, o que seleccione de manera diligente a una reputada empresa dispuesta a hacer el trabajo a un precio razonable según mercado? [79]. La respuesta esta vez no está en el viento sino en quien sea el interpelado: si pertenece al mundo de lo jurídico, la correcta será la primera; lo será la segunda si pertenece a la cohorte de los administradores.

Cuando, en realidad, porque hablamos del Estado y no de una empresa, ambas notas, eficacia y legalidad, no son ni pueden ser incompatibles. Es verdad, como señalamos, que la eficacia es un principio constitucional (art. 103 CE y 3.2.a) de la LOFAGE y 3.1 de la LRJAPPAC) —como también lo son los de economía y eficiencia (art. 31.2 CE)—; pero no son los únicos, ni siquiera los más importantes: los citados artículos 1.9 y 103 CE anteponen a la eficacia la libertad,

[78] F. J. Bauzá. «Aproximación a la Ciencia de la Administración. Gerencia aplicada a la Administraciones Públicas». Dikynson. Madrid 1999. Se estudia en esta obra teoría general de sistemas, dirección por objetivos, planificación y programación de proyectos y técnicas de duración y coste mínimos.

[79] A. Gil Ibañez. «Administración, gestión pública y derecho: el Derecho Administrativo como obstáculo o como facilitador en un contexto de innovación y complejidad». Revista Actualidad Administrativa. N.º 1. 30 de Diciembre de 2002 al 5 de Enero de 2003.

la justicia, la seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad y, en suma, el sometimiento pleno a la ley y al Derecho[80].

En definitiva, estamos ante un pseudodebate: las normas [81] pueden lograr un grado de flexibilidad compatible con una actuación administrativa eficaz; pero en el peor de los casos, el precio de la ineficacia, porque seguimos hablando del Estado, es menor que el de la injusticia, la arbitrariedad o la corrupción.

Pero es que, además, no obstante la obsesión por la eficacia, es lo cierto que la Administración actúa mal; no sólo en los aspectos materiales sino, y esto sí que no es tolerable, en los formales. De ambos aspectos hay ejemplos extraídos precisamente del segundo momento crucial de las relaciones Administración-ciudadano. El primero es cuando pide, se le deniega, o se le exige alguna cosa; el segundo cuando, disconforme o desatendido, acude a los Tribunales.

Pongamos un ejemplo. Es sabido que en general toda actuación administrativa ha de ir precedida y acompañada de un expediente administrativo [82] y seguir un procedimiento ordenado por ley o reglamento.

El procedimiento administrativo es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin, y constituye una garantía para el administrado —la garantía de procedimiento— principio recogido desde antiguo en la jurisprudencia de Tribunal Supremo: «el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones», decía ya el Tribunal en 1971.

Las normas que regulan el procedimiento son técnicamente de «orden público» y, por ello, la ley sanciona con nulidad —no produce efectos— los actos de la Administración que lo infringen gravemente. Cuando el procedimiento está regulado por la ley, la Administración no tiene excusa para incumplirlo; pero cuando lo regula ella misma —reglamento— y lo incumple, esto ya es demasía: no es aceptable la redacción de normas cada vez más complejas, más garantistas, más adecuadas a la protección y defensa de los ciudadanos para, en trance de aplicarlas, hacerlo de manera incompleta o estandarizada; además, de nuevo en aras de la eficacia, se ha implantado en la gestión administrativa el uso a discreción de las aplicaciones informáticas y

[80] G. Ariño Ortiz. Op. cit.

[81] No es posible tratar aquí del debate abierto sobre la contractualización de la ley ni de las nuevas formas de legitimación democrática mediante la participación de los afectados por las decisiones públicas.

[82] Salvo, por razones obvias, cuando actúa en «vía de hecho», es decir, sin fundamento legal alguno.

de los modelos normalizados[83] que han suprimido cualquier atisbo de identificación, cuando no de comprensibilidad, de la resolución que se dicta; la misma «plantilla» sirve para actuaciones distintas y, a la inversa, distintos hechos son resueltos con el mismo «modelo» con olvido de la *individualización* y *motivación* que son requisitos inexcusables de las resoluciones administrativas.

El expediente administrativo ha de formalizarse sistemáticamente, incorporando sucesiva y ordenadamente los documentos, testimonios, actuaciones, actos administrativos, notificaciones y demás diligencias que vayan apareciendo o se vayan realizando.

Pues bien, en demasiadas ocasiones ese expediente no es más que una mera acumulación de papeles o, mejor, yuxtaposición de documentos —algunos de los cuales no superarían el calificativo de «papeles»— sin orden sistemático, lógico ni mucho menos cronológico, de imposible identificación y comprensión, a veces, fotocopias ilegibles, otras, cargados de claves informáticas (números, signos, símbolos); y con «eso» se pretende que el Tribunal enjuicie la actuación administrativa: misión imposible.

Y qué decir de los plazos. No solo se producen múltiples prescripciones y caducidades; es que para que la Administración se acostumbre a remitir a los Tribunales el dichoso expediente ha tenido que articular un sistema de multas ad personam, es decir, impuestas al funcionario concreto responsable de la dilación. No es esta una idea original. Desde ámbitos de la doctrina especializada, ciertamente los muy críticos, se ha sostenido que un control a posteriori, para ser eficaz, ha de ser rápido y que, además, no se detenga en la nulidad de los actos irregulares, sino en la responsabilidad de sus autores. Actualmente la impunidad administrativa es casi absoluta (salvo el control judicial), pero si en el mejor de los casos se anulan los actos y no se castiga a sus autores, éstos no tendrán motivos para rectificar su comportamiento y reiterarán actos similares a los anulados, sabiendo que, a todo lo más, de cien dictados se anulará uno solo y que a ellos en caso alguna les pasará nada[84].

Alguna cosa más podríamos decir, por ejemplo en relación con la ejecución de las sentencias, que corresponde a la Administración. A veces, ciertamente no siempre, es precisa la amenaza con las penas del infierno para conseguirla. Sin embargo, es suficiente a nuestros fines para demostrar la imperiosa necesidad de la reforma o modernización antes aludida.

[83] Incluso el Tribunal Constitucional ha tenido que prevenir contra este uso: «Igualmente debe tenerse en cuenta, en relación con el carácter impreso de las resoluciones... que si bien este Tribunal considera desaconsejable su uso... «STC 67/2000, de 13 de Marzo.

[84] A. Nieto. «La balada de la Justicia y la Ley». Ed. Trotta. Madrid 2002.

4. La soberbia

Recordemos las contrapartidas: control normativo y jurisdiccional *versus* régimen exorbitante. Pues bien, la Administración Pública se nos ofrece encastillada en los privilegios: ejecutividad, ejecutoriedad, presunción de veracidad de los agentes de la autoridad, etc. Como no tiene que acudir a los Tribunales, como los demás mortales, a que declaren su derecho, y además, haga lo que haga y diga lo que diga, ella misma ejecuta sus propios actos[85], sea por error —a veces—, sea por interés —frecuentemente, en mi opinión—, sea por simple empecinamiento, lo cierto es que los ciudadanos que sufren las consecuencias del «acto no ajustado a derecho» se ven obligados a acudir a los Tribunales de justicia haciendo buena la coplilla de que:

«En materia de criterio
nunca cabe discusión
siempre tiene la razón
el que está en el Ministerio»

Es, en suma, la antigua técnica de vencer al contrario por temor, cansancio o aburrimiento. Demasiado bien se sabe que un pleito es caro y, tradicionalmente en la Jurisdicción contencioso administrativa, de una lentitud exasperante[86] —aún así, los asuntos inundan esta parcela judicial— por lo que los responsables de cada órgano administrativo deben pensar, parece, «que litiguen ellos».

Con demasiada frecuencia se olvida el gen originario, que ese régimen jurídico exorbitante, que se justifica por los superiores fines —al ser generales— que la Administración tiene encomendados, impone, a la vez que concede prerrogativas, límites muy superiores a los que el Derecho privado impone a los particulares. El Derecho Administrativo no solo es un haz de potestades; también es un cuadro de garantías[87]: la vinculación —positiva— a la ley, el principio de igualdad, la exigencia del debido procedimiento, la necesaria habilitación financiera, la publicidad y el control de sus actuaciones son otros tantos contrapesos a los privilegios que acompañan siempre a la Administración.

[85] Salvo que la propia Administración o, en su caso, los Tribunales de lo contencioso administrativo «suspendan» la ejecución del acto. De ahí la extraordinaria importancia que en el ámbito de la Jurisdicción tiene la denominada «justicia cautelar».

[86] Paliada en parte, es cierto, por la puesta en funcionamiento —estadística dixit— de los órganos unipersonales, Juzgados Centrales de lo contencioso administrativo Juzgados de lo contencioso administrativo, creados unos por la Ley 29/1998 y los otros por la LOPJ, allá por 1985.

[87] G. Ariño Ortiz y otros. «Principios de Derecho Público Económico». Ed. Comares. Fundación de Estudios de Regulación. Granada 2001.

5. Motín ciudadano

La extensión del sistema legal a ámbitos cada vez más amplios de la realidad social, la inseguridad que genera e incluso las «formas y actitudes administrativas han propiciado —no siempre con razón, todo hay que decirlo— el uso cada vez más generalizado y frecuente por parte de los ciudadanos de los distintos instrumentos legales puestos a su disposición: ya en situación de rebeldía autoafirman batalladoramente sus intereses tanto individualmente como, cada vez más frecuentemente, en grupo[88]. En definitiva, a esta autoconciencia del protagonismo de los ciudadanos —o, por lo menos, de la pretensión de actuar «como si» fueran los protagonistas— junto con la reivindicación de sus derechos, de sus intereses, es a lo que, en último extremo nos referimos al hablar de «cultura de los derechos».

6. Contracción y debilidad: la paradoja de la destrucción del Estado

Pero, junto a la hiperinflación, a la vez, en una especie de desdoblamiento de la personalidad, la minoración —desregulación o desagregación de ciertos sectores— es palpable, como consecuencia de ese fenómeno multipresencial que es la globalización.

Nacen palabras que hacen fortuna, o para toda la historia o para un momento; que se usan tanto, tan gratuitamente, con tan escasa fineza, que un buen día ya no se sabe qué significan. Una de ellas es, sin duda, desde hace unos pocos años[89] la globalización[90]: todo está

[88] Los datos son elocuentes: El 41% de los españoles dice haber acudido alguna vez a un abogado; hace veinte años este porcentaje era apenas la mitad. Por otro lado, el 56% dice lo mismo respecto de haber acudido alguna vez a un notario, y algo más de un tercio (35%) dice haber tenido algún contacto con los tribunales de justicia. La evolución experimentada por los profesionales más directamente vinculados con las reclamaciones jurídicas de los ciudadanos, los abogados, es espectacular: de un total de casi 28.000 ejercitantes en toda España en 1980 se pasa en 1998 a cerca de 96.000. Los abogados españoles, en términos absolutos, doblan en número a los abogados franceses e italianos pese a contar España con un tercio menos de población que estos países. V. J. Juan José Toharia. «Opinión pública y Justicia. La imagen de la Justicia en la sociedad española». Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2001. De modo que no es extraña la afirmación de que «el derecho es el sector económico más importante del país: de las leyes viene más gente que del automóvil o de la construcción». V. A. Nieto. Op. cit.

[89] Tan pocos que una obra tan prestigiosa como el «Diccionario Económico y Financiero», de Y. Bernard, J. C. Colli y D. Lewandowsky, editado en España por la Asociación para el Progreso de la Dirección todavía en la edición de 1980 no contiene esta voz.

[90] Para este tema, v. Anthony Giddens y Will Hutton, eds. «En el límite. La vida en el capitalismo global». Tusquets Editores. Barcelona 2001. M. J. Fariñas. «Globalización, ciudadanía y derechos humanos». Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid. 2000. «Los nacionalismos: globalización y crisis del Estado-nación». Cit. G. Tortella. «La revolución del siglo XX». Taurus. Madrid 2000.

globalizado, de todo tiene la culpa la globalización; hasta de la desaparición de los dinosaurios, si alguien se lo propone.

Pues bien, aunque ni siquiera los economistas se ponen de acuerdo en su significado, podemos adelantar una definición: la desaparición simbólica de las fronteras estatales o, al menos su permeabilización, es decir la desterritorialización de los centros de decisiones políticas y económicas, la desterritorialización espacial de los procesos productivos, distributivos y de consumo y, en definitiva, la desterritorialización de las relaciones sociales en general[91].

Intentemos aclarar esto. Y para ello una idea previa: no parece dudoso que el origen del fenómeno y el fenómeno mismo es *prioritariamente económico* y se relaciona con el *sistema capitalista*; éste se encuentra en la base o es causa de la globalización, pero ésta incide fuertemente en aquél.

El capitalismo se define por tres elementos, *propiedad privada, actividad económica regida por indicadores de los precios establecidos en los mercados* y *búsqueda del beneficio*, que es la motivación para actuar en el ámbito de la Economía. Pues bien, el capitalismo que ha surgido del enfrentamiento Este-Oeste, el que se ha impuesto triunfante al sistema de propiedad pública de los medios de producción (comunismo[92]), es mucho más duro, más móvil, más implacable y más seguro de lo que necesita para avanzar. Su objetivo fundamental es servir a los intereses de propietarios y accionistas y tiene la firme convicción de que todos los obstáculos a su capacidad de hacerlo las normativas, los controles, los sindicatos, los impuestos, la propiedad del Estado, etc. no están justificados y es preciso eliminarlos[93].

En estas condiciones, cabe preguntarse *qué papel le queda al Estado*, para qué sirve ya. Para los defensores a ultranza de este nuevo modelo, su función consistiría casi en desaparecer inmolándose en el altar de la Economía globalizada: *desmantelar las barreras* al libre comercio de los flujos de capital financiero, proteger la propiedad tangible o intelectual, garantizar el *acceso libre y no discriminatorio* y permitir a cualquier inversor que compre o venda *cualquier activo* y repatríe cualquier beneficio de *cualquier lugar del mundo*[94]; eliminar y evitar los *subsidios* y otras distorsiones del sistema de precios; y, solo

[91] A. Giddens. «Sociology». Citado por M. J. Fariñas. «Globalización, ciudadanía y derechos humanos». Universidad Carlos III. Dykinson. Madrid. 2000.

[92] Este, a pesar de su fracaso, tuvo un efecto beneficioso: obligar al capitalismo a mantenerse atento, en el sentido de que le dejó claro que necesitaba tener un rostro humano.

[93] v. Anthony Giddens y W. Hutton, cit.

[94] La crisis asiática ha constituido un aviso para navegantes. El capital extranjero, que buscaba beneficios por encima de lo normal, inundó de capitales, de pronto, esos mercados recién liberalizados. Cuando hubo una acumulación excesiva y los precios empezaron a caer, el capital se apresuró a retirarse y dejar atrás, destrozadas, las divisas y las economías.

residualmente, *subvencionar* la educación y la formación de trabajadores, *amortiguar las perturbaciones* periódicas, financiar la *investigación* precompetitiva y proporcionar *fórmulas (reducidas) de ingresos sociales*.

Los defensores de la globalización son, no obstante, conscientes de los **peligros que comporta**, y de que no todo es regulable por las leyes del mercado: hay sectores a los que todavía *el mercado no valora con suficiente atención* y, por tanto, están abandonados; por ejemplo, la salud y la educación, que tienen importantes efectos indirectos de carácter positivo; así como la investigación, las infraestructuras y otros bienes públicos. Además existen otros sectores económicos con economías de escala y *tendencias monopolísticas*, como las líneas aéreas, los ferrocarriles, la energía y las telecomunicaciones que, si no se regulan, generan la imposición de precios de monopolio. Tampoco el mercado valora adecuadamente los efectos de los *contaminantes*: como produce beneficios, no importa que destruyan el medio ambiente y pongan en riesgo la subsistencia de la especie humana. Y en relación con los *mercados de trabajo*, frente a los regulados, que ofrecen condiciones de trabajo decentes y son un estímulo para el progreso técnico, los empresarios que cuentan con masas de trabajadores desesperados a su disposición tienen pocos incentivos para invertir en tal progreso.

Por eso, los Estados nacionales solo tienen tres opciones: la primera es **dejar libres a las fuerzas del mercado**, sin ningún obstáculo: el «sálvese quien pueda» de la era Thatcher y Reagan, es decir, el retroceso al laissez-faire en estado puro, con los riesgos que hemos señalado. La segunda opción es **combinar la libre circulación** de bienes servicios y capitales con una cierta forma de **inversión social**; es decir, que los mercados fijen los precios, que el libre comercio y los libres movimientos de capital global derramen sus beneficios y que el Estado intervenga solo para mitigar los extremos, proporcione a los desplazados nuevos conocimientos y oportunidades y realice las inversiones necesarias. Esta solución es ciertamente atractiva, pero ingenua: para mitigar los excesos del mercado hacen falta grandes inversiones y regulación pública; y si el mundo es un gran mercado libre, el capital tiende a evitar las naciones que le imponen restricciones. La tercera vía implica la reconstrucción, es decir, la vuelta a la **economía mixta**, si bien con incógnitas e incertidumbres, y sólo existen dos formas de hacerlo. O las naciones-estado *reclaman parte del poder* que en los últimos tiempos les han arrebatado las fuerzas del mercado, o crear *nuevas instituciones transnacionales* de gobierno directamente o mediante acuerdos internacionales.

Lo más lógico es, sin embargo, un régimen económico mundial que permita que la economía mixta prospere en el plano nacional. Eso

significa un régimen financiero global; significa un régimen comercial que de la misma importancia a los derechos ambientales y de los trabajadores que a los derechos de propiedad; significa el final de los paraísos fiscales; significa reclamar que el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial sean agentes del crecimiento, de la estabilización y no solo de la austeridad; significa, en fin, unos convenios sobre impuestos que impidan que las empresas multinacionales enfrenten a los gobiernos entre sí para obtener concesiones.

Son los gobiernos democráticamente elegidos y sus ciudadanos los que pueden salvar el sistema de mercado de sus tendencias autocaníbales, crear más espacio interno para hacer política y permitir que el mundo tenga una tasa más elevada de crecimiento. O los gobiernos democráticamente elegidos ponen freno a la irracionalidad de los flujos globales de capital, o esos gobiernos y sus electorados democráticos se irán debilitando a manos de los mercados mundiales de dinero.

Y un último apunte: el fenómeno trascendental de la privatización. Consiste éste en diversas actuaciones: la liberalización de sectores que quedan fuera del control estatal; la privatización propiamente dicha, mediante la venta de empresas o bienes públicos a empresas o agentes privados; el traspaso al sector privado de servicios antes prestados por entes públicos (enseñanza, sanidad, transportes, etc.)[95]; sustitución en los servicios públicos de los precios políticos por otros que cubran el costo real; reducción del funcionariado, etc.

Y este fenómeno privatizador se expresa en múltiples manifestaciones: freno de la expansión del sector público económico, la reconducción de las empresas estatales al ámbito de los monopolios naturales de capital intensivo (por ejemplo, I+D, tecnologías punta); apertura de las empresas públicas al accionariado privado, aunque la Administración retenga el control; saneamiento y, en su caso, liquidación de empresas inviables y no sustitución pública de iniciativas privadas fracasadas.

La privatización, sin embargo, supone también graves riesgos que es preciso prevenir: servicios públicos que no son privatizables porque son esenciales a la sociedad (por ejemplo, la justicia o la defensa nacional). Sectores que por falta rentabilidad no interesan al sector privado y, en consecuencia, deberán seguir siendo atendidos por el

[95] Hasta un servicio tan esencialmente estatal como es el sistema penitenciario, que parece tan refractario a la privatización por cuanto entraña la manifestación más prístina del «ius puniendi» del Estado - el monopolio de la violencia a que me referí páginas atrás -, está sometido al «vendaval privatizador»; todavía no en España pero sí en los Estados Unidos de América y en Australia. V. E. Sanz Delgado. «Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria». Edisofer S.L. Madrid 2000.

público. Es notorio, además, que las privatizaciones han traído consigo graves escándalos financieros.

En resumen, «*es imposible separar la economía mundial de la política. Sin Estado y sin servicios públicos, no hay seguridad. Sin impuestos, no hay Estado. Sin impuestos, no hay educación ni sanidad asequible ni seguridad social. Sin impuestos, no hay democracia. Sin opinión pública, sin democracia y sin sociedad civil, no hay legitimidad. Y sin legitimidad, otra vez, no hay seguridad. Conclusión: si no hay foros y procedimientos regulados legalmente, estos es, reconocidos y no violentos, para dirimir los conflictos nacionales (y en el futuro sobre todo globales), no habrá en último término economía mundial alguna, en la forma que sea*» [96, 97].

7. La corrupción [98]

Y esto me lleva al último fenómeno que quiero tratar: la ética pública. Por su extensión e intensidad, ha dejado de tener un sentido meramente académico o retórico, para pasar a ser sin perjuicio de los Códigos Penales no solo objeto de atención sino de búsqueda de soluciones pragmáticas mediante regulaciones normativas ad hoc.

Pongamos algunos ejemplos [99]:

- I Congreso Internacional de Ética Pública celebrado en Washington en noviembre de 1994.
- El llamado Informe Nolan, encargado por el primer ministro inglés a un comité presidido por el juez Lord Nolan, elevado al Parlamento el 16 de mayo de 1995 y ya aprobado. Intenta responder a la gran ansiedad despertada por el tema de la conducta política y administrativa. «Un grado de austeridad, de respeto de las tradiciones, de una severa conducta de la vida pública británicas, es no solamente deseable sino esencial». Informe que no se queda en las formulaciones generales, sino que intenta llevar los principios al ámbito parlamentario y al del ejecutivo, estableciendo unos estándares de conducta, que descienden a temas tan concretos como el «de la aceptación de regalos y hospitalidad».
- La Convención americana contra la corrupción, aprobada, en el seno de la Organización de Estados Americanos [100], en Caracas el 29 de Marzo de 1996.
- Proyecto de ley de Ética Pública. Transparencia y protección en las instituciones democráticas, publicado en Argentina en la Revista General de Administración (Marzo de 1997).
- La amplísima legislación de Costa Rica: Ley sobre enriquecimiento ilícito de los servidores públicos (1983); Plan nacional de rescate de valores morales, cívicos y religiosos, establecido por decretos de 1987 y 1994; El Código Penal, en el título XV (delitos contra os deberes de la función pública) tipifica delitos tendentes a reprimir los actos de corrupción; y la Ley de Justicia Tributaria, que tipifica actos de corrupción del funcionario público que lesionen los intereses financieros y los generales de la sociedad.
- En Europa, el Consejo de la OCDE adoptó el 3 de abril de 1998 un conjunto de principios éticos recomendando a los países miembros que los establecieran en sus Administraciones para asegurar de esta manera el buen funcionamiento de las instituciones y la promoción de la correcta ética del servicio público.

Se trata, en resumen, de definir los deberes públicos, de establecer unos estándares de conducta, de determinar las medidas preventivas que traten de asegurar el cumplimiento de aquellos deberes y, por último, fijar la reacción ante las infracciones que, pese a todas las prevenciones, se cometan.

III. Y una constatación final

Si como hemos tratado de probar a lo largo de estas páginas todo está en proceso de cambio, y con independencia del «tamaño» final que adopte, también la Administración deberá cambiar y, de hecho, ese cambio se constata o, al menos, se intuye: la actitud «levantisca»

[96] Ulrich Beck. «Sobre el terrorismo y la guerra». Ediciones Paidós Iberica SA. Madrid 2003.

[97] Para un análisis en mi opinión muy certero sobre estas reflexiones aplicadas a España, véase el artículo de Juan Francisco Martín Seco aparecido en el diario El Mundo de 11.1. 2003 «La destrucción del Estado: el discurso del liberalismo económico, la liquidación del sector público estatal, la desvertebración por obra de las Autonomías, el neofeudalismo, y así sucesivamente.

[98] Su contrapartida es la ética publica —que tiene cuatro dimensiones: limitación, organización, funcionamiento y promoción a través del poder— y el control jurisdiccional. V. Luis Vacas García Alós. «La Etica Pública y el control jurisdiccional de la actividad administrativa». Boletín de Información. Mº. de Justicia. Nº 34. 1 de Febrero de 2003.

[99] J. González Pérez. «La ética en la Administración Pública». Civitas. Madrid 2000.

[100] Aunque no parece que con resultados espectaculares, hay que reconocer, sin embargo, la preocupación de los Estados hispanoamericanos por estos asuntos, y no solo en relación con la Administración Pública. V., por ejemplo, el Proyecto de «Código de Etica Judicial». Pontificia Universidad Católica de Perú, Facultad de Derecho, en colaboración con el Poder Judicial. Lima 1997.

de los administrados debe traer consigo que la Administración se apee del Olimpo, que renuncie al encastillamiento en sus prerrogativas, por lo menos, que renuncie a alguna, a las decisiones unilaterales y, sobre todo, a la coacción no formalizada. La debilitación real del poder que tantas veces hemos señalado, y la fuerza de los grupos sociales con intereses específicos, tienden a colocar a la Administración y a sus agentes en **posiciones arbitrales** desde las que se sopesan los intereses en juego y se escogen las soluciones no ya óptimas para la comunidad, sino las más viables entre las posibles —lo que, en definitiva, no es más que el reflejo en la organización administrativa de la misma concepción que antes señalábamos respecto de la ley — **El consenso, el pacto y la negociación** con los sectores implicados deberán preceder y, de hecho, ya preceden en ocasiones, a la adopción de normas y reglamentos. Las técnicas de relaciones públicas, las **campañas informativas** y el **convencimiento** de la opinión pública, más que la coacción, son cada vez más imprescindibles para la regulación del orden social. La acción administrativa se ejerce ya frecuentemente sustituyendo sus instrumentos tradicionales por **negocios contractuales**.

LAS ACCIONES EN DEFENSA DEL BUEN NOMBRE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

POR
ROBERTO PÉREZ SÁNCHEZ
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. EL DERECHO AL HONOR CONSTITUCIONAL. a) Contenido y alcance del derecho al honor. b) Derecho al honor como límite al derecho a la libertad de expresión e información. c) Titulares del derecho al honor: personas físicas, colectividades, personas jurídicas, instituciones públicas. III. PERSPECTIVA PENAL DEL DERECHO AL HONOR. a) Contenido y alcance del derecho al honor. b) Ámbito subjetivo de protección: personas físicas, colectividades, personas jurídicas, instituciones públicas. c) Las causas de justificación. d) Análisis de los tipos penales. IV. ACCIONES CIVILES EN DEFENSA DEL HONOR. a) Derecho de rectificación. b) Acción de protección civil del derecho al honor.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Una inicial consideración sobre el tema, debe permitirnos afirmar que las Administraciones Públicas, o más bien, las distintas Instituciones que se imbrican en su seno, ostentan un derecho específico al «buen nombre», que en su acepción más amplia conlleva la admisión de su derecho «al honor». Es una afirmación que resulta manifiesta, no de modo estricto en análisis del derecho al honor garantizado en el artículo 18 de la Constitución española, sino de la protección penal que se confiere a tal derecho por el Título XI del Libro II del vigente Código Penal aprobado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, y otros preceptos del mismo Texto conectados con ese Título.

No puede ignorarse que el Derecho al honor ostenta una protección civil conferida por la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, dictada en desarrollo del artículo 18.1 CE, y que goza también de una protección penal que, en los términos de la precitada Ley, tendrá preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que establece la L.O. 1/1982.

Resulta una paradoja, que en virtud del principio de intervención mínima, el legislador sea restrictivo a la hora de positivizar los

supuestos en que determinadas conductas hayan de ser objeto de sanción penal por constituir un ilícito reprochable según las normas penales sustantivas que promulgue, dejando a la jurisdicción civil conocer de aquellas pretensiones solutivas de lesiones a derechos con carácter preferente; y que, sin embargo, en la protección del derecho al honor, se invierta esta actitud y se obligue a las instituciones embebidas en el seno de las Administraciones Públicas a acudir a la jurisdicción penal para la protección de tal derecho, a la vista de la restricción que se ha impuesto por la jurisprudencia constitucional a la protección civil del derecho contenido en el artículo 18 de la Constitución española.

II. El derecho al honor constitucional

En la exposición de este asunto debe comenzarse por delimitar la concepción que del «derecho al honor» se concluye de la Constitución española por su máximo intérprete, esto es, el Tribunal Constitucional, y los efectos que, a lo que a nuestro análisis interesa, provocan en la esfera de la Administración.

A) Contenido y alcance del derecho al honor.

La garantía del derecho al honor, en su acepción amplia, se plasma en el artículo 18.1 de la Constitución española al referir *«Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen»*, sin que exista positivizado un concepto de «derecho al honor», ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley, teniendo por ello, la consideración de concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores o ideas sociales vigentes, tal como confirma en su aspecto tuitivo el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Sobre tal precepto existe numerosa jurisprudencia constitucional, de la que a título enunciativo citamos las SSTC 16/1981, 50/1983, 35/1987, 100/1987, 107/1988, 37/1989, 185/1989, 120/1990, 223/1992, 76/1995, 139/1995.

En afirmación de su contenido y alcance, resultan destacables las consideraciones que realizan dos sentencias:

a) la STC 185/1989, de 13 de noviembre, al señalar: *«El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más*

estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión.». De esta resolución destacamos dos aspectos: por una parte el reconocimiento de su variabilidad en función de las normas, valores e ideas sociales, de tal manera que no se le considera un concepto petrificado, y por otra, el reconocimiento que hace el Alto tribunal de una gran amplitud de espectro en tal concepto en cuyo seno tendrían cabida múltiples variables, de tal manera, que los ataques que se producen a su esencia más íntima son evitados o castigados por el ordenamiento jurídico de manera grave con su tipificación como ilícitos penales, mientras que, admite también otras concepciones más amplias y atenuadas en su contenido —como pudieran ser el buen nombre, dignidad, prestigio, autoridad moral— a los cuales el ordenamiento jurídico ofrece una protección de tipo civil.

b) Destacamos también la STC 139/1995 de 26 de septiembre, que expresa: *«A pesar de la imposibilidad de elaborar un concepto incontrovertible y permanente sobre el derecho al honor, ello no ha impedido, acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, asociar el concepto de honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), «la cual —como la fama y aún la honra— consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o difamación, lo difamante. El denominador común de todos los ataques e intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas» (STC 223/1992 y, recientemente, STC 76/1995).»*, de la que volvemos a destacar esa amplitud conceptual de la que el deshonor, atendidos los valores sociales vigentes, sería el reverso de la buena reputación, fama o buena opinión frente a terceros, esto es, el ataque al prestigio.

Estas sentencias sentaron la base de un concepto «objetivista» del honor, que posteriormente resultó devaluado por el propio tribunal

acuñando un concepto personalista del mismo, por lo que a la titularidad de este derecho se refiere, que perjudica los intereses de las Administraciones públicas como expondremos.

B) Derecho al honor como límite al derecho a la libertad de expresión e información.

El Derecho al honor es un instituto de naturaleza dual, toda vez que, no es considerado sólo como un derecho fundamental que deriva de la dignidad de la persona o más laxamente como un derecho al buen nombre frente a terceros, sino que, al mismo tiempo constituye un límite a los derechos de libertad de expresión e información, en los términos previstos por el artículo 20.4 de la Constitución española. Tal positivación constitucional ha encontrado eco en numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional, de las que citamos las SSTC 62/1982, 104/1986, 159/1986, 6/1988, 107/1988, 51/1989, 121/1989, 20/1990, 105/1990, 171/1990, 172/1990, 143/1991, 40/1992, 85/1992, 219/1992, 227/1992, 240/1992, 15/1993, 42/1995 y 49/2001, entre otras, que han establecido los criterios para enjuiciar aquellos supuestos de colisión de ambos derechos.

De entre esos criterios y por lo que afecta a las Administraciones Públicas, destacamos que la valoración de la conducta inmisiva en el honor ajeno, tiene en cuenta la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio, al punto que si esas personas ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, están obligadas a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, en aras del Estado democrático. Tal consideración es expresada por la STC 107/1988, de 8 de junio, para la que «*el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo*

requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática».

De la jurisprudencia constitucional inferimos que, lejos de colocar en equilibrio a los derechos de los arts. 18 y 20 CE, se otorga una preferencia a los derechos de libertad de expresión e información frente al derecho al honor; tal conclusión resulta evidente al considerar el órgano judicial que la confrontación entre ambos derechos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que respecto de los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE ostentan los reconocidos en el art. 20 CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía de la opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, que contribuyen a la formación de la opinión pública. Por ello, si bien es cierto que el derecho al honor se configura como un derecho personal que limita el ejercicio de las libertades de expresión e información, la dicción del artículo 20.4 CE es atemperada en prevalencia de la naturaleza dual de las libertades enunciadas en el mismo, de las que despunta la vertiente general que, en garantía de un Estado democrático ha de sobreponerse al derecho individual a la buena reputación.

Ahora bien, esa superioridad de las libertades de expresión e información no ha de ser entendida de un modo absoluto, toda vez que la propia concepción de las mismas ha de excluir los supuestos en que no se actúa formando una opinión pública libre, sino utilizando frases que carezcan de interés público e innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa, ya que, como refiere la STC 42/1995, de 13 de febrero: «*una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, y otra muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre, apareciendo como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable. Se colocan, por tanto, fuera del ámbito constitucionalmente protegido de la libre expresión y representan en consecuencia la privación a una persona de su honor y reputación.*», por ello será menester que en cada caso los tribunales analicen las expresiones objeto de litigio, dilucidando si fueron vertidas al amparo de las libertades que reconocen y garantizan los apartados a) o d) del art. 20.1 de la CE, esto es, en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o en el de comunicar información veraz, en cuyo caso será posible abordar si la ponderación, entre éstos y el derecho al honor, se

ajusta a los consolidados criterios constitucionales que permiten determinar cuál de ambos derechos, y dadas unas específicas circunstancias, debe ceder ante el otro (asuntos de interés general, materias a que se refieran, personas intervinientes, formación de opinión publica libre). Pero, en caso contrario, si se concluye que se ha actuado al margen del ámbito que aquellas libertades reconocen, resultará entonces innecesario cualquier tipo de ponderación, pues la «reputación ajena», en expresión del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos constituye un límite de la libertad de expresión e información, ya que el art. 20 CE no garantiza un pretendido derecho al insulto, en este sentido se pronuncian las SSTC 173/1995, 176/1995, 204/1997, 200/1998, 134/1990 y 11/2000, entre otras.

C) Titulares del derecho al honor: personas físicas, colectividades, personas jurídicas e ¿instituciones públicas?

El derecho al honor reconocido en el artículo 18 de la Constitución española, tiene un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas. En una consideración inicial del Tribunal Constitucional, se restringía tal derecho como predicable únicamente de las personas físicas individualmente consideradas, si bien, la doctrina constitucional ha ido evolucionando, como veremos a continuación:

— PERSONAS FÍSICAS: Para el Tribunal Constitucional, según las SSTC 107/1988, 51/1989, 121/1989, «*El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado respecto de las cuales, y sin negar que en algunos casos puedan ser titulares del derecho al honor (y así lo ha reconocido el ETD, por ejemplo, con respecto al «Poder Judicial»: asunto Barfod, S. 22 de febrero de 1989), es más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas físicas.*». Se produce así una exclusión total respecto de las personas colectivas, exigiéndose la individualización del sujeto lesionado por terceros que impetre la protección judicial al amparo de la CE.

— COLECTIVIDADES: La anterior doctrina que residenciaba tal honorabilidad respecto de personas físicas individuales, resulta corregida por la STC 214/1991, de 11 de noviembre, al entender que lo anterior «*no ha de entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos dentro de la colectividad. Dicho con otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados «ad personam», pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa.*», pero además, esta sentencia va mas allá, al reconocer legitimación para accionar la defensa del honor, a los individuos integrantes de grupos étnicos, sociales e incluso religiosos, que son, por lo general entes sin personalidad jurídica, señalando que «*En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos étnicos sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) C.E., la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 CE) y que el art. 20.2 del Pacto Inter-*

nacional de Derechos Civiles y Políticos, expresamente proscribe («toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»).». Tal doctrina es posteriormente reafirmada por el TC, dejando señalada en este punto la STC 139/1995, de 26 de septiembre.

— PERSONAS JURÍDICAS: Observamos cómo se fueron introduciendo matizaciones doctrinales que fueron ampliando el campo tuitivo que ofrecía la Carta magna, al punto que la propia STC 214/1991 reconocía veladamente como intromisión ilegítima en el honor los ataques a las personas jurídicas de substrato personalista, si bien, se hace, en la consideración de su substrato personal, esto es: la consideración de las partes que componen la unidad y respecto de las que la garantía constitucional no puede obviarse.

El giro jurisprudencial por el que se reconoce el honor de las personas jurídicas en sí consideradas, con independencia de su substrato, se produce con la STC 139/1995, de 26 de septiembre, que enlazando con la protección a las colectividades (reproducimos su Fundamento jurídico 4 y parcial del 5, íntegramente habida cuenta de la importancia en términos cualitativos que tal doctrina implica), y en base al reconocimiento constitucional expreso de determinados derechos fundamentales a tales personas jurídicas, dice: «*La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su art. 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales.La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 CE); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 CE); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 CE) o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia (art. 22.4 CE).*

Junto a este reconocimiento, expreso o implícito, de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, el texto constitucional delimita una peculiar esfera de protección. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1.b) de la CE, sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de los subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la STC 52/1995 por la que se reconoce a la empresa «Amaika, Sociedad Anónima», dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el art. 20.1.a) CE.

Sin embargo, la protección que los derechos fundamentales otorgan a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.

Cierto es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes

con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan — como decíamos— su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas.

Bajo esta perspectiva destaca la STC 23/1989, en la que se afirma que este Tribunal «ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el art. 14 CE a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC 99/1983, 20 y 26/1985 y) y 39/1986, sin que existan razones para modificar esta doctrina general» (fundamento jurídico 2.º).

Recapitulando lo expuesto hasta aquí, puede sostenerse que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta. En el presente caso, el derecho del que se discute esta posibilidad es el derecho al honor, con lo cual el examen se reconduce a dilucidar la naturaleza de tal derecho fundamental.»

Analiza esta sentencia, la jurisprudencia vertida en torno a las colectividades, y tras afirmar que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas y que el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas, culmina: *«En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 CE. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la CE.*

Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982).»

Resta ahora el examen que la doctrina constitucional ha realizado en relación a las Instituciones Públicas, para afirmar o negar su titularidad de un derecho al honor constitucionalmente garantizado.

— ¿INSTITUCIONES PÚBLICAS?: el interrogante que esbozo desaparece al tener en cuenta la interpretación constitucional del derecho al honor que realizó la STC 107/1988, de 8 de junio en la que se considera el honor de una persona jurídico pública, posteriormente reproducida por las SSTC 51/1989, 121/1989, 214/1991 y 30/1997.

En la precitada STC 107/1988 se afirmó que *«...el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.»*, pronunciándose el TC en estos términos, al tener en cuenta la primacía como causa justificadora que las libertades de expresión e información tienen sobre el derecho al honor para la formación de una opinión pública libre cuando nos encontremos en el contexto de asuntos de relevancia pública y no, ante conductas privadas carentes de interés público.

Vuelvo a poner de manifiesto en este punto que resulta una paradoja que la protección del honor de las personas físicas y jurídicas pri-

vadas ostente un doble cauce en los respectivos órdenes jurisdiccionales civil y penal, mientras que en una interpretación estricta del personalismo del derecho al honor esbozado en el artículo 18 de la Constitución española, las instituciones públicas únicamente puedan acudir al orden penal por lesión de tal derecho, eso sí, reconocido por el propio Tribunal Constitucional como contenido atenuado del mismo que ha de ceder con mayor fuerza ante los derechos de libertad de información y expresión, toda vez que son considerados como valores de dignidad, prestigio y autoridad moral; más aún, teniendo en cuenta que cada una de las Administraciones Públicas ostenta personalidad jurídica única en el cumplimiento de sus fines.

¿Es posible, que esa misma evolución que ha experimentado el Tribunal Constitucional a la hora de perfilar el contenido, naturaleza, titularidades, límites, ejercicio y efectos de la garantía constitucional del derecho al honor, permita en un futuro legitimar activamente a las instituciones públicas para pretender la tutela de su derecho por el cauce de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo?. Creemos que no solamente es posible en ausencia de norma de derecho positivo que lo impida de manera expresa, sino que además se configura como deseable, con las mismas limitaciones que se imponen al resto de los sujetos de derecho privado (recuérdese incluso la legitimación en defensa de ese derecho, admitida por el TC respecto de individuos de colectividades lesionadas sin personalidad jurídica), en tanto que el principio de prohibición de exceso resulta un principio constitucional del Derecho penal, uno de cuyos conexos resulta el principio de la «menor injerencia posible» o de «intervención mínima».

Desde este punto de vista tanto el hecho de que se recurra a la pena criminal, cuanto, en su caso la gravedad de la misma ha de encontrar una justificación suficiente en la necesidad de tutela. En el ámbito del Derecho punitivo, el principio de necesidad de la pena se formula ya en las primeras Declaraciones de Derechos, así, el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1798 disponía que «la Ley no debe establecer sino las penas estricta y evidentemente necesarias», proyectándose tanto sobre el plano de la conminación penal abstracta, cuanto sobre el plano aplicativo de la concreta imposición de la pena. No vamos a desarrollar estos extremos habida cuenta de la limitación de espacio que impone un trabajo de estas características por razón de su publicación y concurrencia con otros autores, pero sí queremos dejar expresada la incongruencia que supone la deseable injerencia mínima de la norma penal en la realidad social, y la remisión prevalente que, para la defensa del honor de las instituciones públicas parece inferirse de la doctrina constitucional y de la exposición de motivos de la L.O. 1/1982.

Sentada la premisa de la admisible protección del derecho al honor de las personas físicas y jurídicas, analizaremos brevemente el posible ejercicio de acciones tuitivas en el orden penal y en el orden civil, de conformidad con la legislación vigente.

III. Perspectiva penal del derecho al honor

A) Contenido y alcance del derecho al honor

La regulación de los delitos contra el honor se realiza en el vigente Código Penal aprobado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, en el Título XI de su Libro II, esto es: artículos 205 y siguientes. Se tipifican los delitos de calumnias e injurias que afirman la protección penal del honor, con independencia de que se contemple en un aspecto meramente objetivo, esto es, el prestigio o merecimiento de respeto externo a los ojos de otros, especialmente en la sociedad, o en un aspecto meramente subjetivo entendido como la valoración interna que la propia persona tiene respecto de su honor y que puede coincidir o ser superior a lo socialmente admisible. Y resalto ese doble aspecto habida cuenta que como referimos en el análisis constitucional, no se contiene un precepto positivo que lo conceptúe por lo que es admisible un contenido tan amplio como permita ese concepto jurídico indeterminado que únicamente vendrá perfilado por las leyes y los usos sociales del momento.

Al margen de admitir la amplitud conceptual del derecho al honor, para que pueda ser susceptible de protección penal, como señala Jaén Vallejo, ha de ostentar un carácter funcional normativo para constituir un interés protegido por los delitos de injurias y/o calumnias, ya que, por una parte se entiende como pretensión de respeto que fluye de la dignidad que tiene toda persona por el mero hecho de serlo con independencia de la valoración interna que la propia persona tenga —aspecto normativo—, y por otra, viene condicionada la medida de la lesión por el prestigio social que se ostente, garantizándose el respeto a la dignidad en el contacto social (general, amplio o restringido) —aspecto funcional—.

B) Ámbito subjetivo de protección

Un segundo aspecto conduce a analizar el ámbito subjetivo de protección, esto es, quienes resultan tutelados penalmente por tal lesión, debiéndose traer a colación todo el expositivo realizado con anterioridad, ya que es evidente que en virtud del artículo 18 de la Constitu-

ción Española todas las personas tienen derecho al honor, por lo que resultarían titulares las personas físicas, jurídicas y colectividades en los términos que hemos señalado, si bien hemos de realizar unas precisiones o características que concurren en el ámbito penal:

— PERSONAS FÍSICAS: Por lo que se refiere a las personas físicas no está de más señalar que conforme a lo dispuesto en los arts. 29 y 32 del Código civil, nacimiento y muerte son eventos que marcan el comienzo y fin de la personalidad con sus correlativos efectos, entre los que se encuentra el ostentar derechos de la personalidad, a lo que nos interesa, derecho al honor. En consecuencia, las personas fallecidas no pueden ser objeto del delito de injurias o calumnias porque sólo existe un derecho al honor susceptible de protección penal en tanto una persona está viva; la determinación sobre los límites de la perseguibilidad del delito (art 215.1 C.P. «*Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la persona ofendida por el delito o de su representante legal...*») resulta evidente en este sentido. No puede obviarse sin embargo la STC de 11 de noviembre de 1995 que señala: «*La titularidad de este derecho subjetivo se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes.*».

— PERSONAS JURÍDICAS / COLECTIVIDADES: En relación a las colectividades, debemos señalar que, como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, una vez que se admite que ostentan derecho al honor en la medida en que se predica de cada uno de sus componentes, han quedado diluidas las posiciones que mantenían los autores en el ámbito penal, en tanto que para unos era requisito el ostentar personalidad jurídica sin más de tal manera que se residenciaba el derecho al honor en la propia colectividad, mientras que para otros además de esa personalidad jurídica, el honor se residenciaba en el substrato asociativo, esto es en cada uno de los individuos que la componían, y finalmente para otros la lesión del honor en las imputaciones colectivas pueden afectar a una esfera limitada de sujetos y en la medida en que esta esfera puede ser determinada a través de la imputación, se lesiona el derecho al honor de estas personas.

— INSTITUCIONES PÚBLICAS: Consideración aparte merece la titularidad del derecho al honor que ostentan las instituciones públicas, cuya lesión permite impetrar la protección penal. Ha de volverse a traer a colación el pronunciamiento de la STC

107/1988, para la que la protección penal es la única viable, señalando «*... de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador*».

Al reconocimiento expreso del honor de las instituciones públicas y su lesión, se refieren los artículos: 490.3 y 491.1 C.P que tipifica las calumnias e injurias al Rey y cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Principie heredero de la Corona, 504 C.P. que castiga las calumnias e injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, 505 C.P. que castiga las injurias a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad. El rasgo que destaca en todos los preceptos es la variabilidad en el castigo previsto en los mismos con relación al recogido en los artículos del Título XI, y la consecuencia que puede detraerse de su imbricación en otros Títulos del Código Penal puede ir desde considerar que el buen nombre de esas instituciones se protege sin atender a la concepción personalista del derecho al honor al estar embebidos en su contenido más amplio, opción que desde el punto de vista de la mejor defensa de los intereses de la Administración nos parece más aceptable o, por resultar unos valores ajenos al específico derecho al honor en el sentido configurado por la Constitución española al que sin embargo resultarán aplicables las consideraciones generales previstas para su garantía.

C) Las causas de justificación

En primer lugar nos referiremos a la causa de justificación por excelencia que, produciendo su efecto a través del artículo 20.7 del Código Penal (exención de responsabilidad por obrar en el ejercicio legítimo de un derecho), limita de manera crucial estos delitos, esto es: la libertad de expresión e información reconocida en el articulo 20 de la Constitución española; libertad de la que el Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que está dotada de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor. Así la STC 107/1988 refiere que «*Esta situación de valor superior o de eficacia irradiante de la libertad de expresión obliga a considerar en el enjuiciamiento penal de conductas*

en el ejercicio de esa libertad, si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan como causa excluyente de la antijuridicidad» y las SSTC de 17 julio 1986, 22 febrero 1989 y 15 febrero 1990 dicen que *«El enjuiciamiento de los conflictos suscitados entre la libertad de expresión o de información del artículo 20 de la CE y otros derechos fundamentales exige que, junto a la intención dolosa, se valoren y ponderen todas las circunstancias coexistentes al objeto de determinar si el ejercicio legítimo de un derecho fundamental ha podido actuar como causa excluyente del referido animus y en consecuencia de la antijuridicidad atribuida al hecho enjuiciado y, por ello, por el reconocimiento de la libertad de expresión en función de valor superior a la hora de analizar las conductas penales. De ahí que se atribuya a la libertad de expresión de una dimensión objetiva, que con fuerza expansiva excede de lo puramente personal, en aras de garantizar una opinión pública libre, sin trabas que la coarten o cercenen injustificadamente.»*.

Merece la pena destacarse parcialmente el contenido de la STS de 20 de septiembre de 1990, que hace de peor condición a las personalidades públicas cuando sufran lesión en su derecho al honor, como ya expusimos anteriormente, al decir:*«... es preciso atender a las pautas que han venido siendo establecidas tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por el TC y por este Tribunal, entre las que descuella de que se ha de atender a las concretas circunstancias concurrentes en cada caso objeto de enjuiciamiento de manera que los derechos limitativos al de libertad de expresión han de ser interpretados restrictivamente, dando prevalencia al derecho de libertad de expresión tanto en cuanto signifique la emisión de juicios y opiniones como la exposición de hechos o ejercicios del derecho a la información, en el aspecto subjetivo, cuando se trate de personalidades públicas que al haber optado libremente por tal condición deben soportar la crítica hasta unos extremos que no serían permisibles si de particulares se tratase y, en el aspecto objetivo, que la información verse sobre cuestiones de carácter público, cuyo conocimiento interese o pueda interesar a los ciudadanos...»*.

Ahora bien, para que tal libertad de expresión exima de responsabilidad criminal, se requerirá, según sector más extendido amparado en la doctrina jurisprudencial, que tal ejercicio de libertad contribuya a la formación de la opinión pública en asuntos de interés general; que el autor del artículo haya realizado comprobaciones para establecer la veracidad del contenido de su declaración; que pueda afirmarse que las expresiones utilizadas eran las que requería la comunicación pretendida; y que, subjetivamente, el autor conozca esas circunstancias y que actúa en el ejercicio de tal libertad.

En segundo lugar, también resulta causa de justificación *el interés público a obtener una información veraz sobre comportamientos imputables*. Tal aspecto ha sido señalado por Jacobo López Barja, entendiendo que debe ser tomada en consideración, en la medida en que no determina la existencia de la posición de garante del autor sino la extensión del deber: el contenido del deber de no imputar hechos que lesionen el honor cede en las situaciones en que existe un interés público en conocer estos hechos. Este factor explicaría así el contenido de los artículos 207 y 210 del Código Penal, a cuyos tenores: *«El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado»* y *«El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o infracciones administrativas»*, la exceptio veritatis opera así en relación al tipo básico de injurias o calumnias como causa de justificación específica.

D) Análisis de los tipos penales

Analizando los dos tipos penales extraemos:

Art. 205 C.P. *«Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad»*.

Los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente han venido caracterizándose como definidores de este tipo, son: a) imputación a una persona de un hecho delictivo (no las faltas), b) la imputación ha de ser falsa, subjetivamente inveraz, c) las atribuciones han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado imputado a persona concreta e inconfundible, debiendo contener la falsa asignación los elementos requeridos para la definición del delito atribuido, d) dicho delito ha de ser perseguible de oficio y e) debe concurrir el elemento subjetivo del injusto, consistente en el animo de difamar, el dolo.

Art. 208 C.P. *«Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto publico por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerar n graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

Los elementos, a su vez definidores de este tipo, son de doble naturaleza, una objetiva, constituido por expresiones o acciones que menoscaben por su propio contenido y entidad la honra, el crédito o

la dignidad de la persona a la que se dirijan o afecten; y otro subjetivo, integrante a la vez de un elemento subjetivo del injusto que trasciende a la culpabilidad, que viene representado por la finalidad de la acción que ha de estar dirigida precisamente a producir aquella lesión del honor y la dignidad de una persona, es el dolo denominado por especialidad *animus iniuriandi*.

Debe tenerse en cuenta que para su calificación como delito las injurias han de ser graves, con independencia de que se refieran a hechos o a juicios de valor (con consecuencias prácticas en su diferenciación que obligan a acudir a la prueba del conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad por el actor, o a la prueba de la gravedad en el concepto publico, respectivamente), ya que, en otro extremo sólo podría subsumirse en el tipo previsto del articulo 620 C.P. cono falta: «Serán castigados....los que causen a otro una... injuria... de carácter leve.», con el plazo prescriptivo de seis meses del art. 131.2 del Código Penal.

Además de tener en cuenta los artículos 205 y 208 del Código Penal que conceptúan los delitos de calumnias e injurias, debemos resaltar que otros preceptos del C.P. imbricados en otros Títulos del Libro II protegen el honor teniendo en cuenta otras especialidades que concurren en la comisión lesiva, así el artículo 456 C.P. que tipifica «la acusación y denuncia falsas» ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, el artículo 458 C.P. que tipifica el falso testimonio en causa criminal, el artículo 510.2 C.P. que castiga la difusión de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, y finalmente el artículo 612.3 tipificando la injuria grave a cualquier persona protegida con ocasión de un conflicto armado.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la reparación del daño que específicamente para los delitos contra el honor contempla el artículo 216 del C.P., considerando que comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

IV. Acciones civiles en defensa del honor

No vamos a extendernos innecesariamente en la exposición de la acciones que, a la vista de la consideración doctrinal reseñada con anterioridad estarían vedadas a las instituciones públicas, de manera

indubitada la prevista en la L.O. 1/1982; sin embargo en la esperanza de esa evolución jurisprudencial deseada que ponga el acento en la personalidad jurídica que ostentan las Administraciones más que en su carácter público contrapuesto al privado, a la hora de abrir la puerta de futuro, someramente reflejaremos sus rasgos principales.

Desde el punto de vista civil y en relación a la protección del honor, o en sentido laxo, al buen nombre, pueden contemplarse dos acciones diferenciadas: una que tiende a obtener la rectificación de hechos inexactos y perjudiciales y otra que busca obtener la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. La primera se positiviza en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación y la segunda en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

A) Derecho de rectificación

El derecho de rectificación es sólo un medio de que dispone una persona aludida por una información para prevenir o evitar el perjuicio que la misma pueda irrogarle en su honor o en cualesquiera otros derechos o intereses legítimos, cuando considere que los hechos lesivos mencionados en la misma no son exactos; además esta legítima finalidad es independiente de la reparación del daño causado por la difusión de una información que se revele objetivamente inexacta, por lo que el legislador ha diseñado un procedimiento judicial urgente y sumario para exigir la publicación de la rectificación, sin que se frustre su finalidad preventiva.

Debemos precisar el derecho de rectificación consiste en el derecho a rectificar la información difundida en cualquier medio de comunicación social de hechos que aludan y que el interesado considere inexactos y pueda causarle perjuicio. La legitimación alcanza lo mismo a una persona natural que jurídica, pudiendo ser ejercitado por el propio interesado o su representante (y en fallecimiento por los herederos o representantes de éstos) mediante la remisión al director del medio de comunicación de un escrito en las condiciones señaladas en el art. 2 de la L.O. 2/1984, esto es: dentro de los siete días naturales siguientes al de la publicación, con constancia de la fecha de recepción, de manera limitada a los hechos de la información que se desea rectificar y sin extensión excesiva. Tal escrito deber ser publicado en los plazos previstos en el art. 3 de la L.O. 2/1984 y su omisión permitirá su impugnación en sede jurisdiccional civil dentro de los siete días hábiles siguientes, siguiendo el trámite de juicio verbal (art. 250.9 LEC).

B) Acción de protección civil del derecho al honor

Desde otra perspectiva, la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, se consagra en la L.O. 1/1982, constituyendo el objeto procesal de la correspondiente acción de tutela las intromisiones ilegítimas o vulneración de los derechos fundamentales y comprendiendo *«todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como la prevención o impedimento de intromisiones ulteriores»* (art. 9.2 L.O. 1/1982). A diferencia de la vía penal, en este orden jurisdiccional la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, y a diferencia de la acción de rectificación, la acción de protección caduca transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

El artículo 1 de la L.O. 1/1982, señala que el derecho garantizado en el artículo 18 de la C.E. será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, delimitado por las leyes y los usos sociales (art. 2), siendo así la intromisión ilegítima el objeto del procedimiento, ha de destacarse que por lo que nos afecta, el artículo 7.7 de la misma Ley redactado de acuerdo con lo previsto en la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, expresa: *«Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley: La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación»*.

Desde una perspectiva procesal, señalaremos finalmente que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, ha previsto la utilización del juicio ordinario para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, así como para la tutela civil de cualquier derecho fundamental (art. 249.1.2 LEC), teniendo como características específicas la preferencia en su tramitación y la previsión de la intervención del Ministerio Fiscal.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ÁLAMO, «Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales», ACDP-1983.

BACIGALUPO ZAPATER, «Colisión de derecho fundamentales y justificación en el delito de injuria», REDC-20 (1987).

BAJO FERNÁNDEZ, «Protección del honor y la intimidad», Comentarios a la legislación penal-II, Madrid, 1982.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *El derecho fundamental al honor*, Tecnos. Madrid, 1992.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La reforma de los delitos contra el honor», Documentación Jurídica-1983 (1); «Revisión del contenido del bien jurídico honor», ADCP-1984; *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987.

CABELLO MOHEDANO, «El artículo 20.1 de la Constitución. ¿Una nueva configuración de la exceptio veritatis?», PJ-8 (1987).

CARMONA SALGADO, «Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor «Comentario a la STC 11 noviembre 1991)», CPC-47 (1992).

CASTIÑEIRA, «Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa», ADCP-1987.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «La protección penal del honor y de la intimidad como límite a la libre expresión», Libertad de expresión y Derecho penal, Madrid, 1985.

GONZÁLEZ RIVAS, «Estudio-comentario jurisprudencial de la protección constitucional de los derechos fundamentales», Ed. Comares, Granada,1992.

HERRERO TEJEDOR, F. Honor, intimidad y propia imagen, Colex. Madrid, 1990.

JAÉN VALLEJO, Libertad de expresión y delitos contra el honor, Madrid, 1992.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y PÉREZ DE LA TORRE, Estudios doctrinales de los delitos contra el honor, Ed. Trivium, Madrid, 1997.

MORALES PRATS, «Adecuación social y tutela penal del honor», ADCP-1988.

PARDO FALCÓN, J. «Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», REDC, núm. 34 (1992).

PUYOL MONTERO, «Doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación», Ed. Edigener, Madrid, 1991.

SAINZ CANTERO, «El contenido sustancial del delito de injurias», ADCP-1957.

ESTUDIO DEL DECRETO 245/2000, DE 16 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTUDIO DEL DECRETO 245/2000, DE 16 DE NOVIEMBRE. 1. Disposiciones generales: Objeto y ámbito de aplicación. Relación con el orden jurisdiccional penal: el principio non bis in idem. Información Reservada. Órganos competentes. 2. La iniciación del procedimiento: Formas de Iniciación. Medidas de carácter provisional. Formalización de la Iniciación. 3. La instrucción del procedimiento: Actos de instrucción y alegaciones. Apertura del periodo probatorio y admisión de pruebas. Práctica de la prueba. Propuesta de resolución y audiencia de los interesados. 4. La finalización del procedimiento: Actuaciones complementarias. Resolución. Reconocimiento de responsabilidades. Reposición e indemnización. 5. El procedimiento simplificado.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución de 27 de diciembre de 1978 recoge en el Título IV, «Del Gobierno y de la Administración», los principios que inspiran la actuación administrativa y garantizan el sometimiento pleno de su actividad a la Ley y al Derecho, con lo que alumbra un nuevo concepto de Administración, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular, consagrando el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos.

La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas se puede englobar en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas siempre que se ajusten a las bases estatales.

Dispone el artículo 105.c) de la Constitución, dentro del citado Título IV, que:

«La Ley regulará:

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado».

Por su parte, el artículo 149.1.18 CE, incluido en el Título VIII, «De la Organización Territorial del Estado», Capítulo Tercero, «De las Comunidades Autónomas», establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

«Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

Como señala el profesor Villar Palasí, el procedimiento administrativo es una sucesión ordenada de actuaciones, iter o forma de producción de los actos administrativos, que debe ser entendido, más como garantía del ciudadano frente a los posibles abusos de la Administración, que como mero formalismo tendente a restringir su esfera de libertad.

Dada la diversidad de sectores en que la Administración se ve obligada a actuar y lo complejo de sus funciones, existen, junto al procedimiento general, los procedimientos especiales, que según la doctrina han proliferado en exceso y cuyas relaciones han de regirse en todo caso por los principios generales del procedimiento administrativo.

Uno de estos procedimientos especiales es el relativo al ejercicio de la potestad sancionadora.

Manifestación esencial de los preceptos constitucionales anteriormente citados es la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJAP y PAC, señalando al respecto su Exposición de Motivos que:

«Recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos

ratione materiae que deberán respetar, en todo caso, estas garantías. La Constitución establece la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquel que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrá de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común.

A este avanzado concepto responde la Ley que es de aplicación a todas las Administraciones Públicas y rigurosamente respetuosa con la distribución constitucional de competencias.»

Tradicionalmente, en la Administración se ha dado una cierta desconfianza hacia la actuación de los tribunales penales, lo que ha provocado, desde hace unos años un notable incremento de la potestad sancionadora de la Administración y, como recuerda GIMENO SENDRA, hasta tal punto que tras la reforma operada en el Código Penal por la LO 3/1989, muchas faltas penales han pasado a ser ilícitos administrativos de forma que, paradójicamente, un gran número de infracciones administrativas suelen llevar aparejadas sanciones más graves que las previstas en sus análogos tipos penales, como ocurre con las multas administrativas por infracción del medio ambiente [101], superiores por regla general a las del delito ecológico; sin que ello suponga atisbo alguno de inconstitucionalidad, a menos que el ilícito administrativo no respete las garantías constitucionales, materiales y procesales del Derecho penal, que son de aplicación al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, con ciertos matices [102].

La aplicación de estos principios y garantías constituye doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pudiendo citar al efecto la sentencia del TEDH de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros; de 21 de febrero de 1984, asunto Oztürk; de 28 de junio de 1984, asunto Cambell y Fell; de 22 de mayo de 1990, asunto Weber, de 27 de agosto de 1991, asunto Demicoli o de 24 de febrero de 1994, asunto Bendenoun.

[101] Podemos citar la Ley 2/2002 de 19 de junio de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid que prevé para las infracciones muy graves sanciones que pueden llegar a alcanzar los 2.404.050 euros. Artículo 62.

[102] SSTC 18/1981, 2/1987, 3/1988, 89/1995 o 15/1997.

La potestad sancionadora de la Administración viene regulada con carácter general en el Título IX, artículos 127 y siguientes de la LRJAP y PAC, 30/1992, de 26 de noviembre, agrupados en dos capítulos, el primero dedicado a los principios de la potestad sancionadora y el segundo a los principios del procedimiento sancionador, y desarrollada en el ámbito estatal por el Reglamento de 4 de agosto de 1993 del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, junto al que existen diversas normas especiales [101], ya que a diferencia de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, la LRJCAP y PAC no establece un procedimiento sancionador, lo que ha sido criticado por la Doctrina.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 30/92, apartado 14, señala que:

> *«El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.*
>
> *Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc.*
>
> *Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias».*

[101] Como la Ley de 26 de diciembre de 1987 sobre la potestad sancionadora de la Administración en materia de juegos de suerte, envite o azar; el RD 10 de enero de 1986, por el que se aprueba el Reglamento disciplinario de los funcionarios públicos; el Real Decreto de 14 de mayo de 1998, de Procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social o el Real Decreto de 11 de septiembre de 1998, sobre régimen sancionador tributario.

En base a esta distribución competencial los diferentes Estatutos de Autonomía han recogido la potestad sancionadora de las distintas Comunidades Autónomas, dictando normas que regulan las peculiaridades procedimentales del ejercicio de la misma, a través de instrumentos reglamentarios, salvo en el caso del País Vasco, así:

- Decreto 278/1993, de 29 de noviembre, sobre procedimiento sancionador de aplicación en ámbitos de competencias de la Generalidad de Cataluña.
- Decreto 9/1994, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura.
- Decreto 14/1994, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento a seguir por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en el ejercicio de la potestad sancionadora.
- Decreto 21/1994, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador general en la Administración del Principado de Asturias.
- Decreto 189/1994, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador de la Administración autónoma de Castilla y León.
- Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Según su Exposición de Motivos se ha optado por un instrumento legal, por la importancia de la regulación y su finalidad unificadora y no por la existencia de una reserva de ley en sentido estricto.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, según el artículo 26 del Estatuto de Autonomía, de 25 de febrero de 1983, modificado por Ley Orgánica 5/98, de 7 de julio, la Comunidad tiene competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia.

Y conforme al artículo 57 de su Ley de Gobierno y Administración, de 13 de diciembre de 1983:

> *«La Administración pública de la Comunidad de Madrid ajustará su actuación al procedimiento administrativo común de la Administración del Estado, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de la Comunidad Autónoma».*

En cuanto a la potestad sancionadora, el artículo 36.1.c) del Estatuto de Autonomía, dispone que:

> *«En el ejercicio de sus competencias ejecutivas, la Comunidad de Madrid gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado, entre las que se comprenden:*
> *c) La potestad de sanción, dentro de los límites que establezca el ordenamiento jurídico».*

Con esta previsión se trata de respetar el principio de legalidad que responde al clásico aforismo *nulla poena sine lege*, consagrado en el artículo 25 de la Constitución *«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»* y cuya plasmación en el ámbito sancionador se recoge en el artículo 127 LRJAP:

> *«La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título.»*

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la LRJAP y PAC preveía que:

> *«reglamentariamente, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca».*

Dando cumplimiento a esta previsión legal se aprobó, en el ámbito estatal, el Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto[104] y, en cada Comunidad Autónoma con competencia en la materia, una norma similar a fin de regular el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

En la Comunidad de Madrid, ha sido el Decreto 77/93, de 26 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento para el ejercicio de la

[104] Según el artículo 1.1.b) del RD 1398/1993: *«La potestad sancionadora se ejercerá mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas, en los supuestos siguientes:*
b) Por la Administración de las Comunidades Autónomas, respecto de aquellas materias en que el Estado tiene competencia normativa plena.»

potestad sancionadora por la Administración pública de la Comunidad de Madrid, el que durante casi diez años, ha aplicado la Comunidad para tramitar sus procedimientos sancionadores a través de un procedimiento administrativo único en materia sancionadora.

Sin embargo, este Decreto ha sido derogado y sustituido por el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el nuevo Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, introduciendo una serie de modificaciones encaminadas a agilizar el procedimiento.

II. Estudio del decreto 245/2000, de 16 de noviembre

En cuanto a la estructura del Decreto 245/2000, consta de 17 artículos, agrupados en cinco Capítulos, a saber:

Capítulo I: Disposiciones Generales
Capítulo II: Iniciación
Capítulo III: Instrucción
Capítulo IV: Finalización
Capítulo V: Procedimiento Simplificado

A ello añadir una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una disposición final.

La Disposición Transitoria viene referida a los procedimientos anteriores, y es congruente con el artículo 9.3 de la Constitución que consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales así como con el más elemental principio de seguridad jurídica, al establecer que:

> *«Los procedimientos sancionadores, incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento que se aprueban por el presente Decreto, iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, se regirán por la normativa vigente en el momento en que se hubiera adoptado al correspondiente acuerdo de iniciación.»*

Según el artículo 128 LRJAP:

> *«Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.*
> *Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor».*

Así se desprende igualmente de la normativa comparada, por ejemplo del artículo 1 de la Ley 689/1981, de 24 de noviembre, de modificación del Sistema Penal italiano según el cual:

> *«Nadie puede ser sometido a sanciones administrativas sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de la comisión del hecho».*

La disposición derogatoria deroga el Decreto 77/93, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el nuevo Decreto, con lo que se busca, lógicamente, la existencia de un procedimiento administrativo único aplicable por los órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid.

Esta norma guarda relación directa con el artículo 1, dedicado al objeto y ámbito de aplicación, que abre el Capítulo I, Disposiciones Generales.

1. Disposiciones generales

Objeto y ámbito de aplicación

En el ámbito del derecho administrativo sancionador es esencial el principio o garantía de procedimiento, *nulla poena sine iudicium o nemo damnetur nisi per legale iudicium*, que exige además que el procedimiento aplicado sea específico y preexistente y nunca un procedimiento ad hoc o ex post facto. Este principio se materializa y consagra en el artículo 134 LRJAP y PAC:

> *«El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.*
>
> *En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.»*

Según el artículo 1 del Decreto 245/2000:

> *«El ejercicio por la Administración de la Comunidad de Madrid de su potestad sancionadora se ajustará al procedimiento establecido en el presente Reglamento en defecto total o parcial de procedimientos específicos para ámbitos sectoriales determinados.*
>
> *Este Reglamento será de aplicación supletoria por las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para aquellas materias cuya competencia normativa corresponda a ésta, en defecto total o parcial de procedimientos sancionadores específicos previstos en los ordenamientos sectoriales o en las ordenanzas locales».*

Este precepto recoge y desarrolla una previsión que ya establecía el Decreto 77/93 en su Preámbulo,[105] si bien el Decreto 245/00 lo hace con una técnica mucho más precisa y depurada, incorporándola al articulado del nuevo Reglamento, haciendo así acopio de un mayor rigor normativo y previendo igualmente su carácter supletorio general, que amplía a las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, para materias de competencia normativa de la Comunidad y siempre a falta de normativa específica.

De esta forma, y a diferencia de lo previsto en el artículo 1 del RD 1398/1993, se aplicará en todo caso el Decreto autonómico 245/2000, tenga o no la Comunidad de Madrid competencia normativa plena sobre la materia sustantiva a que se refiera la potestad sancionadora.

La infracción de la garantía de procedimiento dará lugar a la nulidad del acto administrativo definitivo conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1.e) de la LRJAP y PAC, nulidad que deberá ser oportunamente invocada y probada por el sancionado, conforme al principio de carga de la prueba que recogía el derogado artículo 1214 del Código Civil, plasmado hoy en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, y todo ello a fin de destruir la presunción de validez de los actos administrativos del artículo 57 de la LRJAP y PAC.

Sobre la nulidad por prescindir del procedimiento podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1980:

> *«Una reiterada Jurisprudencia viene proclamando la necesidad de administrar con prudencia y moderación la teoría de las nulidades, en el sentido de valorar adecuadamente todos los aspectos positivos y negativos de su aplicación, destacándose en este sentido, que la salvaguardia de las formalidades es garantía, tanto de la Administración como de los administrados, constituyendo un elemento decisivo para ello, al asegurar una actuación vinculada siempre a los trámites y procedimiento preestablecidos, de lo que se infiere que para una recta aplicación de la nulidad, el empleo de los adverbios recogidos en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy artículo 62 de la Ley 30/92), total y absolutamente, recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspon-*

[105] El D. 77/93 disponía en su Exposición de Motivos que: «Si bien, por razones de economía normativa, este Reglamento pretende ser el único que regule el procedimiento sancionador, no es descartable, sin embargo, la posibilidad de que en el futuro fuera necesario un procedimiento específico en un ámbito sectorial determinado, en cuyo caso el Reglamento que ahora se aprueba tendría siempre un carácter supletorio».

diente acto administrativo, es decir, para que se de la nulidad de pleno derecho, es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto».

La sentencia de 30 de noviembre de 1993 (Ar. 1230 de 1994. Ponente: SANZ BAYÓN), establece:

«... como tiene reiterado el TS- Ss de 27 de marzo de 1985 (Ar. 1666), 31 de diciembre de 1985 (Ar. 1552), y 8 de mayo de 1985 (Ar. 2355)- sobre la nulidad o anulabilidad procedimental de los actos administrativos, ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad, debe ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las desviaciones que motive, la situación y posición de los interesados en el expediente, y, en fin, cuantas circunstancias concurran, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado, lo que desaconseja la adopción de tan drástica medida, siguiendo lo propugnado por la propia Ley de Procedimiento Administrativo en su artículo 52 y la filosofía de que el derecho no es un fin en sí mimo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados, tanto en su realización como en la omisión de los efectos que produzcan, toda vez que el culto a la forma ha de ser rendido en cuanto sirve de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido de la potestad administrativa. Los trámites procedimentales han de ser entendidos como garantía para los administrados para propiciar el acierto en las decisiones pero nunca deben ser instrumentalizados como hitos formales obstaculizadores del procedimiento, siendo doctrina jurisprudencial la que basándose en el principio de economía procesal advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto o resolución que se dicte, una vez subsanado el posible defecto formal, haya de ser idéntico en sentido material al anterior [Sentencia de 28 de julio de 1986 (Ar. 6896), y 5 de abril y 10 de mayo de 1989 (Ar. 2909 y 3863)].»

La sentencia de 22 de marzo de 1994 (Ar. 3297. Ponente: SANZ BAYÓN), en parecidos términos, dice:

«Se ha de reiterar la doctrina de esta Sala sobre la nulidad o anulabilidad procedimental de los actos administrativos, recordando que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad ha de ponderarse la importancia que revista el derecho a que afecte, las derivaciones que motive, la situación y posición del interesado en el expediente, y en fin, cuantas circunstancias concurran, resultando contraproducentes decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado, lo que desaconseja la adopción de tal drástica medida, siguiendo lo propugnado por el artículo 52 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y el 66 de la actualmente vigente y la filosofía de que el derecho no es un fin en sí mimo, ni los trámites pueden convertirse en ritos sacramentales, disociados, tanto en su realización como en su omisión, de los efectos que produzcan, toda vez que el culto a la forma ha de ser rendido en cuanto sirve de protección y amparo frente al ejercicio precipitado o desmedido de la potestad administrativa».

En otro orden de cosas hemos de destacar que la doctrina jurisprudencial ha ido reduciendo progresivamente los **vicios de forma determinantes de invalidez**, para limitarlos a aquellos que suponen una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la cuestión de fondo y alterando eventualmente su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración. Es la llamada **anulabilidad por defecto de forma**. Cuando la infracción lo es de una norma reguladora de la forma de los actos, la simple infracción no da lugar, sin más, a la anulabilidad. Para que la anulabilidad se produzca es necesario que en el defecto de forma concurran las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo 63 de la LRJAP y PAC.

La sentencia de 29 noviembre 1989 (Ponente: BARRIO IGLESIAS), dice que:

«El vicio de forma o procedimiento no es invalidante de por sí, sino en cuanto concurran los supuestos de que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanza su fin o de lugar a indefensión.»

Y la sentencia de 21 de marzo de 1990 (Ar. 1934. Ponente: MARTÍNEZ SAN-JUAN):

«Las infracciones formales... únicamente producirán la anulabilidad y ni siquiera ésta se produce respecto de algunas de dichas infracciones -cual son las de las normas reguladoras de las formas- si no son esenciales ni dan lugar a indefensión».

En los mismo términos, la STS de 28 de diciembre de 1993 (Ar. 624 de 1994. Ponente: REYES MONTERREAL):

> *«Sin embargo, tal defecto formal, que no afecta a la validez del acto final, sino, en su caso, a su eficacia (artículo 45.2, LPA), sólo determinará, referido a actos intermedios, la anulación, cuando, conforme a la ya señalada doctrina general derivada del artículo 48.2, LPA, haya determinado la indefensión efectiva del administrado. En este caso los demandantes no alegan que esta falta de notificación individual les haya ocasionado ninguna clase de indefensión. Por el contrario, en la propia demanda, se recoge que, tal como consta en el expediente, formularon alegaciones frente a la lista provisional, acompañando los documentos que estimaron oportunos, y posteriormente interpusieron recurso de alzada frente a la resolución definitiva, con irrestrictas posibilidades de alegación y prueba. Lo que alegan es la supuesta indefensión de otros titulares de las fincas incluidas por la Administración en la misma explotación, de los cuales dicen que no formularon alegaciones ni interpusieron recursos porque no recibieron ninguna notificación individual. Pero no estamos en un procedimiento en que los particulares dispongan de una acción pública para hacer valer derechos de otros, por lo cual es el supuesto indefenso el único que dispone de la acción para alegar su propia indefensión.»*

La sentencia de 6 de marzo de 1998 (Ar. 2741. Ponente: FERNÁNDEZ MONTALVO), dice:

> *«La anulación de los actos administrativos afectados de vicios formales se encontraba regulada en el artículo 48.2, LPA, de forma claramente restrictiva, como ahora hace el art. 63.2, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al decir que sólo la determinará cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanza su fin o de lugar a indefensión de los interesados, razón por la que la relevancia del trámite procedimental de que se trata tiene que ser ponderada en cada supuesto específico. La notificación personal y el trámite de audiencia de que se trata, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala, entre otras muchas, en Sentencias de 24 de febrero, 14 de noviembre, 12 de diciembre de 1997 (Ar. 1115, 8461 y 8955) y 13 de febrero de 1998 (ar. 2116), sólo da lugar, su omisión, a la anulación del acto recurrido cuando el Tribunal constata que la misma ha producido una auténtica situación de indefensión a los recurrentes, circunstancia que se revela, por tanto, esencial para decidir el recurso.»*

El apartado tercero del artículo 1 del Decreto 245/2000, reproduce lo dispuesto en el artículo 127.3 de la Ley 30/1992 [106], excluyendo igualmente de su aplicación los procedimientos sancionadores en materia tributaria, [107] como hace el artículo 1.3 del Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto. De esta forma, cuando estemos ante relaciones de sujeción especial, como ocurre en el caso del funcionario o concesionario, la sanción administrativa será compatible con la disciplinaria sin poder hablar de vulneración del principio non bis in idem, pero habrá que acudir a lo dispuesto en la normativa correspondiente y no será de aplicación el procedimiento administrativo sancionador general o común [108].

Así, para el personal de la Comunidad de Madrid señala el artículo 81 de su Ley de Función Pública de 10 de abril de 1986 que:

> *«El incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios constituirá falta disciplinaria que dará lugar a la imposición de la sanción correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que pudiera haber incurrido».*

Finalmente, el apartado 4 del artículo 1 señala, al igual que lo hacía el artículo 1.3 del Decreto 77/93, que:

> *«A los efectos de este Reglamento, se entienden incluidas en la Administración de la Comunidad de Madrid las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la misma, en los términos establecidos en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.»*

El régimen general de estas entidades se encuentra contenido en la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

---

[106] Artículo 127.3 LRJAP: *«Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual»*. SSTC 120/1990, 57/1994 o 127/1996.

[107] En materia tributaria señala la Disposición adicional quinta de la LRJAP y PAC, L 30/1992 que: «Los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos se regirán por la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, por la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las Leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. En defecto de norma tributaria aplicable, regirán supletoriamente las disposiciones de la presente Ley.

En todo caso, en los procedimientos tributarios, los plazos máximos para dictar resoluciones, los efectos de su incumplimiento, así como, en su caso, los efectos de la falta de resolución serán los previstos en la normativa tributaria.

La revisión de actos en vía administrativa en materia tributaria se ajustará a lo dispuesto en los artículos 153 a 171 de la Ley General Tributaria y disposiciones dictadas en desarrollo y aplicación de la misma».

[108] Disposición adicional octava de la LRJAP y PAC.

Relación con el orden jurisdiccional penal: el principio non bis in idem

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 33 del Código Penal de 23 de noviembre de 1995, las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley se dividen en delitos y faltas, estando castigados los primeros con penas graves y menos graves y las segundas con penas leves.

El Código Penal actual, siguiendo el principio de intervención mínima, establece un reducido catálogo de faltas, que pueden considerarse delictuales, de forma que la diferenciación con los delitos es cuantitativa, mientras que con las infracciones administrativas es meramente cualitativa [109].

En Derecho comparado europeo el delito y la infracción administrativa representan instituciones semejantes, reconociéndose el carácter punitivo de la potestad sancionadora en normas como la Ordnungswirdigkeitengesetz alemana de 24 de mayo de 1968, la ley italiana 689/1981, de 24 de noviembre, de Modificación del Sistema Penal o el Decreto-Ley portugués 433/1982 de 27 de octubre.

En cuanto a las faltas administrativas, una vez superada la teoría del Derecho Penal Administrativo, seguida por GOLDSCHMIDT, [110] para la que el ilícito administrativo era una acción irrelevante para la ética, hoy, la sanción administrativa sólo puede diferenciarse de la pena, por la naturaleza del órgano que la impone, administrativa o jurisdiccional, si bien con el límite establecido en el artículo 25.3 de la Constitución conforme al cual la Administración, en ningún caso podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Destacar sin embargo que, conforme a los artículos 10 y 11 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, la Administración militar puede imponer sanciones privativas de libertad, habiendo declarado el Tribunal Constitucional en sentencia 31/1985, de 5 de marzo, que la aplicación de este régimen disciplinario sancionador de carácter militar de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado no es contrario a la Constitución.

Consecuencia directa de lo mencionado es el artículo 34 del Código Penal:

[109] Wolf sostenía que la sanción ostentaba naturaleza penal aunque no constituyera una auténtica pena.

[110] GOLDSCHMIDT, VON LISZT y VON LILIENTHAL propusieron en la redacción del Código Penal prusiano de 1911 la conversión de la infracción administrativa en penal cuando la conducta fuera cometida con «malicia, habitualidad o profesionalidad».

«No se reputarán penas:

Las multas y demás correcciones que, en uso de sus atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.

Ni las privaciones de derechos y las sanciones reparadoras que establezcan las leyes civiles o administrativas».

Dicho esto, el artículo 2 del Decreto 245/2000, es una manifestación más del límite o principio de subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la de los tribunales de Justicia, de modo que aquella deberá abstenerse de actuar hasta que la autoridad judicial se pronuncie, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de delito o falta.

Ahora bien, para que se de efectivamente esta subordinación es necesario que exista identidad de sujeto, hechos y fundamento entre la presunta infracción administrativa y una posible infracción penal.

Se pretende con ello salvaguardar el respeto al principio non bis in idem, que aunque no viene expresamente recogido en la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado, por ejemplo en sentencias de 30 de enero de 1981 y de 4 de diciembre de 1997, que no por ello cabe silenciar que va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 de la misma [111].

[111] Podemos citar la STS de 9 de mayo de 2000: *«Completan la anterior reflexión los siguientes criterios, extraídos del análisis de la jurisprudencia constitucional:*

a) El principio «non bis in idem» requiere identidad fáctica de lo enjuiciado y existencia de una condena que tenga en substrato una idéntica valoración jurídica, es decir, que se vuelva a valorar desde la misma perspectiva jurídica lo que haya sido valorado, como ya afirmó la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 154/1990 y el posterior Auto de inadmisión 329/1995.

b) El principio «non bis in idem» es aplicable dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva, impidiendo sancionar doblemente por un mismo delito desde la perspectiva de defensa social o por un mismo delito sobre un sujeto, recayendo una sanción penal principal, doble o plural, invocándose, también, en el supuesto de pluralidad de sanciones, en los supuestos en que la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurran los requisitos necesarios para que opere, podría conducir a la vulneración del citado principio, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal núm. 2/1981, fundamento jurídico cuarto; núm. 154/1990; núm. 234/1991 y núm. 204/1996, fundamento jurídico segundo).

c) La prohibición que expresamente reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional 66/1986 (fundamento jurídico segundo) de un ejercicio reiterado del «ius puniendi» del Estado, que impide castigar doblemente en el ámbito de las sanciones penales y en el de las administrativas y proscribe la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento, constituye un principio o regla que por lo que concierne a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, se encuentra enunciado entre las que disciplinan el ejercicio de tal potestad, en la forma que reconoce el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Proceso Administrativo Común (Auto del Tribunal Constitucional 365/1991, fundamento jurídico quinto, todo ello completado con la previsión contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 221/1997».

Este principio non bis in idem sí que está consagrado de manera expresa en el artículo 133 de la Ley 30/92:

> *«No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento».*

Faltando cualquiera de estas tres identidades no podrá hablarse de vulneración del principio non bis in idem. STC 2/1981, de 30 de enero y STS de 10 de febrero de 2000.

Los apartados 2 y 3 del artículo segundo [112] establecen la obligación del órgano competente para la iniciación del procedimiento de acordar la suspensión del mismo cuando los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal y cuando se tenga conocimiento de que se está sustanciando un proceso penal; siempre que, en ambos casos se den las tres identidades anteriormente mencionadas, de sujeto, hechos y fundamento. A diferencia del artículo 3 del derogado Decreto 77/93 esta comunicación puede dirigirse al órgano jurisdiccional competente o, como novedad, también al Ministerio Fiscal; lo que facilita y agiliza la actuación de la Administración.

Recaída resolución judicial firme el órgano competente acordará, según proceda, la continuación del procedimiento o el archivo de actuaciones.

Esta redacción sigue la corriente tradicional marcada por el legislador para este tipo de supuestos, por ejemplo en el artículo 77 de la Ley General Tributaria, Ley 230/1963, de 28 de diciembre, existiendo otras normas más recientes, como el artículo 65 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial, redactado por Ley de 19 de diciembre de 2001, que acogen el criterio jurisprudencial mantenido, entre otras, por la STS de 28 de noviembre de 2000, permitiendo en estos supuestos ciertas actuaciones administrativas y la continuación del procedimiento, abs-

[112] Artículo 2 del Decreto 245/2000:

«Si, una vez iniciado el procedimiento, el órgano competente para iniciarlo estimara que existe identidad de sujeto, hechos y fundamento entre la presunta infracción administrativa y una posible infracción penal, lo comunicará al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, solicitando testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En tal supuesto, así como cuando se tenga conocimiento de que se está sustanciando un proceso penal en el que concurran las circunstancias referidas en el apartado anterior, el órgano competente para la iniciación del procedimiento acordará la suspensión del mismo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Una vez recaída resolución judicial firme, el órgano competente acordará, según proceda, la continuación del procedimiento o el archivo de las actuaciones.

Durante el tiempo en que estuviera en suspenso el procedimiento sancionador por los motivos señalados en este artículo, se entenderán interrumpidos tanto el plazo de prescripción de la infracción como el de caducidad del propio procedimiento.»

teniéndose la Administración de dictar resolución mientras la autoridad judicial no se pronuncie [113].

El artículo 2.4 reitera el tenor del artículo 3.4 del Decreto 77/93, de forma que, durante el tiempo en que estuviera en suspenso el procedimiento sancionador por estos motivos, se entenderán interrumpidos tanto el plazo de prescripción de la infracción como el de caducidad del propio procedimiento.

Finalmente el artículo 2.5 recoge lo dispuesto en el artículo 137.2 de la Ley 30/92:

> *«Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a la Administración respecto a los procedimientos sancionadores que sustancie»* [114].

Esta previsión ya se establecía en el D. 77/93, pero en el artículo 10.4, dentro de la práctica de la prueba, siendo, desde el punto de vista de la sistemática, más correcta su inclusión en el precepto dedicado a la relación con el orden jurisdiccional penal, pues es mera manifestación de la subordinación de la actuación de la Administración a la de los tribunales de Justicia a que aludíamos con anterioridad.

La relación entre la jurisdicción penal y la potestad administrativa sancionadora es abordada en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, estableciendo una serie de principios que posteriormente fueron recogidos en el citado artículo 137 de la LRJAP y LAC. Por citar alguna de estas Sentencias, la de 19 de abril de 1999 declaró que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración ha de esperar al resultado de la sentencia penal y, si es condenatorio, con la concurrencia de triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento, la Administración resulta plenamente vinculada al pronunciamiento, deviniendo improcedente la sanción administrativa como consecuencia material o positiva del principio de prohibición que incorpora el principio non bis in idem.

Por el contrario, en el supuesto de que la sentencia penal sea absolutoria, no cabe sostener, como consecuencia del principio de que se

[113] STS de 28 de noviembre de 2000: *«Pues si bien es cierto, que ante un hecho que pueda motivar, al menos en principio, la actuación del orden penal y la de la Administración, ésta puede y debe realizar todas las actuaciones precisas para acreditar el hecho, las circunstancias y datos que estime precisos, pues de otro modo el paso del tiempo y la alteración de las circunstancias podría hacer imposible su posterior constatación, e incluso está obligada también a dar el oportuno traslado al interesado a fin de que éste pueda defenderse y cuestionar la realidad fáctica apreciada por la Administración, sin embargo, lo que en ningún caso puede hacer la Administración, mientras esté pendiente el proceso penal, es dictar la resolución que pone fin al expediente sancionador, pues ésta depende y está condicionada por la resolución que recaiga en el proceso penal.»*

[114] En el mismo sentido el artículo 7.3 del RD 1398/1993, de 4 de agosto.

trata, la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. Pero no cabe duda de que la relación que el principio supone entre las dos manifestaciones del ius puniendi estatal determina un condicionamiento por la vía de los hechos que se declaran probados en la sentencia penal. Dicho en otros términos, la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa.

De la Jurisprudencia pueden extraerse los siguientes criterios:

a) si el Tribunal penal declara inexistentes los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna;
b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo, distinta de la penal, imponer la sanción que corresponda conforme al ordenamiento administrativo;
c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo y, si así fuera, sancionarlos administrativamente.

Por resoluciones judiciales firmes se entienden aquellas que producen efecto de cosa juzgada. Como afirma reiterada jurisprudencia, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1995 y 3 de febrero de 1998, se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes en cuanto suponen un enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ya ha soportado una acusación y un juicio oral. Por el contrario, no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en los Procedimiento Abreviados acordando el archivo de las actuaciones, por entender que los hechos no eran constitutivos de delito, de donde se deduce que la Administración no queda vinculada por el contenido del Auto de archivo de las Diligencias Previas. Por todo lo expuesto, resultará procedente la imposición de sanción administrativa cuando se de «*la diferente calificación jurídica de lo que constituye un mismo soporte fáctico, esto es de unos hechos, que en el ámbito penal son valorados de manera diferente de la que resulte de su apreciación en el orden administrativo*», como ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/89 de 1 de julio.

Además, la efectiva punición de un hecho antijurídico determinado no exonera a su autor, al amparo de dicho principio, de nuevas responsabilidades si vuelve a incurrir con posterioridad en la misma conducta. El supuesto de la «reincidencia penal» ha sido solventado de forma adecuada por la jurisprudencia, entre otras, la STS 30 y 70 de diciembre de 1992: «La jurisprudencia constitucional (STC 150/1991) reconoce identidad diferenciada del hecho nuevo en la hipótesis de la reincidencia, sólo aislando en su identidad el hecho reincidente de los anteriores, en consideración de los cuales se califica como reincidente, es posible eludir la vulneración del principio «*non bis in idem*»; y en la medida en que la referida jurisprudencia rechaza que en la incidencia se produzca esa vulneración, se está reconociendo la identidad diferenciada del hecho reincidente; o la STS 30 de 4 de noviembre de 1980: «*la permanencia en una infracción observada y sancionada no puede constituir una causa de impunidad que ponga a cubierto al infractor de posibles y sucesivas sanciones*».

Como ha determinado la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 05.09.95 (RJ 1995/6710):«... *el presupuesto básico para la aplicación del invocado principio es que se esté en presencia de unos mismo hechos, lo que no acontece pues, aun tratándose sustancialmente de los mismos hechos que los anteriormente sancionados, los que ahora se examinan acaecieron en un período de tiempo distinto, tratándose, por consiguiente, de otra infracción nueva y distinta de la que motivó la sanción anterior...*».

Sin embargo, este artículo 2 del Decreto 245/2000, deja sin cubrir una cuestión a nuestro juicio importante, ya que se refiere exclusivamente a la relación con el orden penal, olvidando otro supuesto de concurrencia de sanciones, al que sí se refiere el artículo 5 del Real Decreto 1398/1993, la tramitación de un procedimiento por los mismos hechos ante los Órganos Comunitarios Europeos.

Esta previsión debería haberse incluido en el nuevo Decreto 245/2000 imponiendo al órgano competente para resolver el procedimiento administrativo sancionador la obligación de tener en cuenta la sanción impuesta por órganos comunitarios a efectos de graduar la que, en su caso, debe imponer, y otorgando la posibilidad, como hace la norma estatal, de compensar dicha sanción, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción. La no inclusión de este supuesto de concurrencia de sanciones en una norma aprobada en el año 2000 carece de toda justificación y supone, una vez más, la tramitación de procedimientos en el ámbito de un Estado miembro de espaldas o desconociendo lo actuado en el ámbito comunitario.

Como es lógico, durante el tiempo en que esté en suspenso el procedimiento sancionador por la posible existencia de infracción penal se entenderán interrumpidos tanto el plazo de prescripción de la infracción como el de caducidad del propio procedimiento, olvidando

una vez más el legislador, que la caducidad no puede ser objeto de interrupción.

Como recuerda GÓMEZ DE MERCADO, [115] la prescripción está diseñada como remedio en cierta medida extraordinario, cuyo efecto es la extinción de situaciones jurídicas nacidas con duración indefinida o no predeterminada, es decir, con cierta vocación de permanencia, mientras que la caducidad es el mecanismo que permite sujetar derechos o facultades a un plazo de ejercicio.

En la prescripción cabe la posibilidad de interrupción y nuevo cómputo del plazo de prescripción pero en la caducidad no cabe interrupción sino a lo sumo suspensión (artículo 42.5 Ley 30/92) de forma que el cómputo se detiene pero continuando después desde donde había llegado al suspenderse.

Información Reservada

El artículo 3 del Decreto 245/2000 reitera, con una redacción algo modificada, lo que ya disponía el artículo 4 del Decreto 77/93, señalando que:

> *«Con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, el órgano competente podrá abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la necesidad o no de iniciar dicho procedimiento.*
>
> *La información previa tendrá carácter reservado y será realizada por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por quien determine el órgano competente para iniciar el procedimiento.*
>
> *La duración del citado período informativo será la estrictamente necesaria para alcanzar los objetivos señalados.»*

El término de «información reservada» se recogía ya en el artículo 134.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. Con la denominación de actuaciones previas, este trámite no necesario está previsto en el artículo 12 del Real Decreto 1398/1993. (STS 25.2.1983, Ar. 1057).

Desde el punto de vista práctico es importante remarcar que este trámite tiene la condición de «no necesario», y como tal puede darse o no, sin que forme parte del procedimiento sancionador, de modo que no computa a efectos de determinar el plazo de duración del procedimiento. La información reservada constituye una actuación previa a la iniciación del procedimiento, que puede sustanciarse sin oír al interesado y que por tanto no podrá servir de fundamento a la imposición de la sanción salvo que dicha actividad se reproduzca en el procedimiento sancionador propiamente dicho y dando la debida audiencia al interesado.

[115] Sanciones administrativas, garantías, derechos y recursos del presunto responsable, Ed. Comares, páginas 214 y siguientes.

Como novedades frente a la redacción anterior el artículo 3 recoge expresamente que será el órgano competente quien podrá abrir el periodo de información previa, entendiendo nosotros que será el mismo órgano que ostente la competencia para adoptar el acuerdo de inicio del procedimiento sancionador.

Órganos competentes

Junto a la titularidad de la potestad sancionadora que, como potestad administrativa que es, viene constitucional y legalmente atribuida a las distintas Administraciones públicas (artículo 2.1 LRJAP y PAC), nos encontramos con la atribución de la competencia sancionadora a un determinado órgano de una Administración pública, atribución que puede tener lugar legal o reglamentariamente.

Hay que destacar, con carácter previo, lo dispuesto en el artículo 12.1 LRJAP:

> *«La competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se efectúen en los términos previstos en ésta u otras leyes.»*

Por tanto la competencia sancionadora deberá ser ejercida por el órgano que la tenga atribuida, permitiéndose la delegación de su ejercicio tras la modificación introducida por la Ley 4/1999, y la desconcentración, así como la avocación (artículos 13 y 14.1 LRJAP y PAC).

No es aplicable sin embargo la encomienda de gestión, limitada a actividades de carácter material, técnico o de servicios (artículo 15 LRJAP) y tampoco la delegación de firma por venir expresamente prohibida por el artículo 16.4 LRJAP conforme al cual *«No cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador»*.

Por último decir que la suplencia afecta al titular del órgano administrativo, y no a éste mismo, en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad (artículo 17 LRJAP).

Por regla general corresponderá la competencia para la imposición de sanciones leves o graves al Director General o al Consejero competentes en la materia de que se trate, reservándose al Gobierno

de la Comunidad [116] la imposición de sanciones muy graves, de cuantía especialmente elevada así como aquellas que lleven aparejadas medidas como el cierre de establecimientos, instalaciones o servicios o la suspensión de actividades.

Destacar que como dice GARBERÍ LLOBREGAT [117] la atribución de competencias a órganos administrativos en materia sancionadora en realidad, ni guarda relación con el contenido material del principio de legalidad ni supone el establecimiento de una nueva reserva legal pues se trata sólo de la determinación del órgano competente para ejercitar la potestad sancionadora de la Administración, la cual deberá producirse mediante una disposición de rango legal o reglamentario.

Señala el artículo 127.2 de la Ley 30/92 que:

> *«El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario.»*

Para URIA FERNÁNDEZ [118] este precepto supone la transposición al ámbito del derecho administrativo sancionador del derecho constitucional, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, al juez predeterminado por la ley ligado con los principios de objetividad del artículo 103 CE y de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE.

El artículo 4 del Decreto 245/2000 se refiere a los órganos competentes, en redacción similar a la que recogía el artículo 5 del Decreto 77/93.

Este precepto no contiene mención alguna al ámbito de la Administración Local que sin embargo sí recoge el artículo 10 del Real Decreto 1398/1993, constituyendo un defecto normativo pues el Decreto 245/2000, como dijimos es de aplicación supletoria, en defecto de normativa específica propia, a las Entidades Locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para las materias cuya competencia normativa corresponde a la citada Comunidad Autónoma.

Esta laguna debe colmarse con una interpretación integradora del resto del Ordenamiento jurídico entendiendo que en estos casos son órganos competentes para la resolución de los procedimientos sancionadores los Alcaldes, artículo 21.1 de la Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril, y demás órganos a los que se atribuya competencia al efecto, siendo posible la delegación en otros diferentes como los Concejales (artículo 13 LRJAP).

[116] Recordar que la LO 5/1998 de 7 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid sustituye la denominación tradicional de Consejo de Gobierno por la de Gobierno de la Comunidad.

[117] El procedimiento administrativo sancionador, Ed. Tirant Lo Blanch, 30 edic., págs. 95 y siguientes.

[118] Uría Fernández, Francisco. Estudios y Comentarios a la LRJAP y PAC, coeditada por el Ministerio de Justicia y el BOE, Tomo II, págs. 47 y siguientes.

Con carácter general para conocer los órganos competentes para iniciar y resolver el procedimiento sancionador habrá que acudir a lo que disponga al efecto la norma sustantiva sancionadora y en su defecto a los órganos que tengan competencia por razón de la materia, pudiendo al efecto citar lo dispuesto en el artículo 12.3 LRJAP:

> *«Si alguna disposición atribuye competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio, y, de existir varios de éstos, al superior jerárquico común.»*

En cuanto a la función instructora señala el artículo 4.2 del Decreto 245/2000 que:

> *«La función instructora se ejercerá por quien determinen las normas sancionadoras o las normas sobre atribución y ejercicio de competencia y, en su defecto, por quien determine el órgano competente para la incoación del procedimiento. En todo caso, la fase de instrucción y la fase de resolución deberán atribuirse a órganos o unidades administrativas distintos.»*

Como es lógico reitera la garantía del procedimiento a que se refiere el artículo 134.2 LRJAP, señalando el artículo 4.2 del Decreto 245/00 que en todo caso, la fase de instrucción y la fase de resolución deberán atribuirse a órgano o unidades administrativas distintas, separación que según Sentencia del Tribunal Constitucional, de 4 de diciembre de 1997, forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

La norma estatal sólo habla de órganos y también el artículo 10.1 del Real Decreto 1398/1993, mientras que el Decreto 245/2000 se refiere también a «unidades administrativas» que han de entenderse como inferiores o partes integrantes de un órgano [119].

Según el artículo 48 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, bajo los niveles organizativos superiores, como son las Direcciones Generales y las Secretarías Generales Técnicas, la Administración autonómica se estructura en Servicios, Secciones, unidades inferiores y asimiladas.

[119] También se refiere a unidades administrativas la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana de 21 de febrero de 1992.

A nuestro parecer esta referencia podría no ser lícita pues si la Ley 30/92 se refiere a la atribución de las funciones a órganos distintos, no sería legítimo que una norma reglamentaria de desarrollo disminuyese esta garantía permitiendo que dicha atribución lo sea a unidades administrativas que pueden formar parte del mismo órgano administrativo, pudiendo convertir en ilusoria la real separación entre instrucción y resolución.

En todo caso ha de recordarse que según tiene declarado el Tribunal Constitucional la infracción de la separación entre la fase instructora y sancionadora no determina automáticamente la nulidad de la sanción, que sólo se producirá en aquellos supuestos en que se haya vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador. STC 60/1995, de 17 de marzo.

Como novedad respecto al Decreto 77/93 señala el último párrafo del artículo 4.2 Decreto 245/00 que: [120]

> *«Los órganos y unidades de la Administración facilitarán al órgano instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales imprescindibles para el desarrollo de las actuaciones.»*

Lo que no constituye sino una manifestación del deber general de colaboración del artículo 4 LRJAP referido en este caso a los diferentes órganos de una misma Administración pública, la de la Comunidad de Madrid.

El artículo 4.3 del Decreto 245/2000 reitera lo que ya disponía el artículo 5.4 del 77/93:

> *«Salvo que la norma en virtud de la cual se ejerza la potestad sancionadora establezca otra cosa, será competente para acordar, de oficio o a propuesta del instructor, el sobreseimiento del procedimiento o declarar la no exigibilidad de responsabilidad el órgano que lo sea para iniciar el procedimiento.»*

Por tanto el interesado no podrá solicitar el sobreseimiento del procedimiento o la declaración de no exigibilidad de responsabilidad ya que para que estas declaraciones puedan adoptarse por el órgano competente lo serán siempre de oficio o a propuesta del instructor, de forma congruente con la propia sistemática del Decreto pues este precepto se encuentra recogido con carácter previo a la incoación y por tanto, tal declaración podrá tener lugar incluso antes de iniciarse el procedimiento tras la práctica, en su caso, de actuaciones de información reservada, que como vimos no exigen audiencia del interesado.

2. La iniciación del procedimiento

El Capítulo II del Decreto 245/2000 se dedica a la iniciación del procedimiento, artículos 5 a 8 [121], debiendo destacar que durante el

[120] Cuestión recogida en el artículo 14.1 del RD 1398/1993.

[121] El RD 1398/1993 regula conjuntamente las actuaciones previas y la iniciación del procedimiento, arts. 11 a 15, siendo quizá más lógica la sistemática del Decreto autonómico que regula, con carácter previo a la iniciación, las actuaciones previas o trámite de información reservada.

procedimiento se garantizan al presunto responsable la plenitud de los derechos constitucionales de defensa.

Conforme al artículo 135 LRJAP:

> *«Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:*
>
> *A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.*
>
> *A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.*
>
> *Los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de esta Ley».*

Formas de Iniciación

Como procedimiento administrativo que es, y de acuerdo con el artículo 69.1 LRJAP el procedimiento sancionador se iniciará siempre de oficio.

> *«Los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, por comunicación de un órgano que tenga atribuidas funciones de inspección, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.»* Art. 5 del Decreto 245/2000

No recoge el Decreto autonómico ninguna definición similar a las que alude el Real Decreto 1398/1993 (artículo 11) que pueden trasladarse al ámbito autonómico:

> *«Se entiende por:*
>
> *a) Propia iniciativa: La actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las conductas o hechos susceptibles de constituir infracción por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación, bien ocasionalmente o por tener la condición de autoridad pública o atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.*
>
> *b) Orden superior: La orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación, y que expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el*

lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

c) Petición razonada: La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación.

Las peticiones deberán especificar, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.

d) Denuncia: El acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa.

Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.»

Según el artículo 5, apartados 2 y 3, del Decreto 245/2000:

«Las comunicaciones y las peticiones razonadas deberán especificar los datos de que disponga el órgano que las curse sobre las conductas o los hechos que pudieran constituir infracción administrativa, la fecha o el tiempo en el que se hubieren producido, las infracciones en que pudieran consistir, y la identidad de quienes presuntamente resultaren responsables.

Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presenten, el relato de los hechos que pudieran constituir la infracción y, cuando sea posible, la identidad de los presuntos responsables.»

Para la determinación de la responsabilidad hay que acudir a la regla general contenida en el artículo 130 LRJAP:

«Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia[122].

[122] Pues la sanción administrativa requiere la concurrencia de dolo o culpa. Como indica García de Enterría la referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas supone una excepción al principio societas delinquiere non potest. La normativa especial suele exigir la responsabilidad cumulativa de los administradores de las personas jurídicas, así la Ley Disciplinaria e Intervención de las entidades de crédito de 28 de julio de 1988, Ley del Mercado de Valores de 26 de diciembre de 1984 o la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.»

La potestad sancionadora se dirige a los ciudadanos como consecuencia de un acto ilícito tipificado por la Ley como infracción de su mandato, en la posición de sujeción general que a todos nos comprende. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, en el que la responsabilidad criminal se reduce al dolo como comisión voluntaria del ilícito y a la culpa como comisión negligente o involuntaria de la infracción, en el sistema de responsabilidad consagrado por la Ley 30/1992 resulta irrelevante tanto la ausencia de intencionalidad como el error, ya que no se requiere una conducta dolosa, sino simplemente irregular en la inobservancia de las normas, *SSTS 40, de 30 de enero y 22 de abril de 1985.*

Llegado este punto hemos de hacer una breve reflexión sobre la **figura del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador**. El denunciante puede o no reunir la condición de interesado. Quien ha de considerarse interesado en un procedimiento administrativo se desprende del artículo 31 LRJAP:

«Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

Cuando la condición de interesado derívase de alguna relación jurídica transmisible, el derechohabiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento».

La doctrina advierte que el denunciante es una figura ajena al procedimiento sancionador, que se limita a poner en conocimiento de la

Administración un serie de hechos, *noticia criminis*, que pueden dar lugar a la incoación de un procedimiento, y así se desprende del artículo 68 de la Ley 30/92 que admite la iniciación del procedimiento a solicitud de persona interesada, y del artículo 69.1 de la misma ley que prevé que el procedimiento iniciado de oficio pueda promoverse por denuncia sin que por ello el denunciante sea tenido por parte en el procedimiento. SSTS 27.6.1985 (Ar. 3656), 23.1.1986 (Art. 49), 19 de mayo de 1997 (Ar. 3961 y 3962). Dada la condición peculiar del denunciante tampoco tendrá incidencia sobre el procedimiento sancionador la existencia de diferencia entre los hechos denunciados y los sancionados, siempre y cuando ello no suponga un desconocimiento de los hechos que determinan la incoación del expediente sancionador, ni origine al sancionado indefensión, ya que ha de tener un conocimiento tempestivo y completo de la imputación, criterio este seguido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/99 de 26 de enero, siendo Ponente Cruz Villalón.

Es, sin duda, expresiva de esta corriente, la afirmación que se hace en la STS 16 de marzo de 1982, señalando que:

> *«La condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada por cuanto el denunciante, aunque tenga reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituye en parte, ni el procedimiento deja de ser a todos los efectos, iniciado, impulsado y rematado, por la Administración».*

También podemos citar las Sentencias de 25 de octubre de 1932, 6 de diciembre de 1952, 23 de febrero de 1956, 2 de abril de 1959, y 12 de diciembre de 1970; en las que se afirma textualmente:

> *«...los denunciantes tienen el carácter de Agentes de la Administración y como tales carecen de acción para recurrir e impugnar en esta vía jurisdiccional las resoluciones que aquélla dicta tanto si desestiman la denuncia como si no imponen multa o la impuesta lo es en cuantía que el denunciante no considera adecuada a los preceptos legales...».*

Y la STS de 23 de junio de 1987:

> *«El denunciante no tiene derecho al procedimiento por lo que mal puede impugnar la decisión de archivar las actuaciones».*

Es igualmente expresiva de esta doctrina, la STS de 15 de enero de 1993 en la que textualmente se dice:

> *«...es de traer a colación que en materia sancionadora la actividad y los derechos de los particulares se limita a denunciar los hechos ante la Administración Pública competente, pero sin que quepa, en este concreto punto, el ejercicio de recursos tendentes a que dicha Administración imponga (en contra de su voluntad sancionadora) el acto de gravamen que se le solicita...»*

A todo ello hay que añadir que la potestad sancionadora ha sido entendida como una potestad discrecional vinculada, lo que en Derecho alemán se conoce como *Pflichtgemaesses Ermessen*, de forma que la Administración puede ordenar el archivo del expediente mientras el procedimiento sea de su competencia; siendo el ejercicio facultativo, con arreglo a criterios de oportunidad, implicando libertad de la Administración para iniciar o no iniciar el procedimiento sancionador. Esta libertad o discrecionalidad debe entenderse siempre como controlable y no como arbitraria, de forma que, si dicha arbitrariedad no ha existido, el Tribual debe respetar el ejercicio facultativo de la potestad sancionadora.

De la peculiar situación del denunciante se deriva que tanto el artículo 5.4 del Decreto 245/00 como el artículo 11 R.D. 1398/93 contemplen que respecto a los mismos sólo se les comunicará la iniciación o no del procedimiento.

Quedará excepcionado sin embargo el supuesto en que el denunciante ostente un interés legítimo en cuyo caso habrá de ser considerado como interesado a los efectos del artículo 31 LRJAP.

El concepto de interés legítimo lo podemos extraer de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1993, abarcando todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, prescindiendo ya de las notas tradicionales de personal y directo.

Por tanto, como señala TOLA RÚA[123] tanto a nivel jurisprudencial como normativo se observa un alejamiento de la doctrina tradicional que rechaza a priori la legitimación del denunciante, que habrá que reconocer en la medida en que se le pueda considerar como interesado en los términos del artículo 31 LRJAP, ya por tener un derecho subjetivo afectado por la sanción o por ostentar un interés legítimo, pero sin que en ningún caso deba confundirse el citado interés legítimo con el mero interés por la legalidad, pues como regla general no se admite la acción pública o popular en vía administrativa o con-

[123] TOLA RÚA, Miguel Ángel, El denunciante en el procedimiento sancionador, Actualidad Administrativa n.º 31, 30 de agosto a 5 de septiembre de 1999.

tencioso-administrativa. (SSTS 9 de octubre de 1984, Ar. 4919; 28.5.85, Ar. 2943).

Excepcionalmente se admite la acción pública en supuestos como el vigente artículo 304 del TRLS de 26 de junio de 1992, en materia urbanística o el artículo 8 de la Ley de Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985.

Según el artículo 5.4 Decreto 245/2000, que coincide con lo dispuesto en el artículo 11.2 del Real Decreto 1398/93:

> *«La comunicación de un órgano que tenga atribuidas facultades de inspección, la petición razonada de iniciación de un procedimiento sancionador o la presentación de una denuncia no vinculan al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien éste deberá comunicar a los órganos que hubieran formulado la comunicación o la petición los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento y, respecto a los denunciantes, se les comunicará la iniciación o no del mismo.»*

Medidas de carácter provisional

La dilación en la finalización de los procedimientos, tanto judiciales como administrativos conlleva que en determinados supuestos exista un riesgo, el llamado *periculum in mora*, de que la resolución que recaiga sea ineficaz.

Es por ello que surgen las medidas cautelares o provisionales recogidas con carácter general para el procedimiento administrativo en el artículo 72 LRJAP. [124]

[124] Artículo 72 L 30/92: «*Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.*

Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma con rango de Ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente».

De forma específica para el procedimiento administrativo sancionador señala el artículo 136 LRJAP que:

> *«Cuando así esté previsto en las normas que reguen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.»*

En desarrollo de esta previsión legal el artículo 7 del Decreto 245/2000 permite la adopción de medidas provisionales por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, por propia iniciativa o a propuesta del instructor, lo que excluye la adopción a solicitud de los interesados o del denunciante.

Deberán adoptarse siempre mediante acuerdo motivado, lo que resulta congruente con el artículo 54.1.a) LRJAP.

La finalidad perseguida por estas medidas será la tradicional, ya recogida en el artículo 8 del derogado Decreto 77/93, de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, a lo que se añaden como novedad garantizar el buen fin del procedimiento así como evitar el mantenimiento de los efectos de la presunta infracción.

Según el artículo 7.2 del Decreto 245/2000:

> *«Las medidas de carácter provisional podrán consistir en la suspensión temporal de actividades, en la prestación de fianzas o en aquellas otras previstas en normas específicas.»*

Esta última referencia a las medidas previstas en normas específicas se añade en relación al anterior Decreto 77/93.

El precepto mencionado recoge también como novedad una acertada mención al principio de proporcionalidad señalando que:

> *«En cualquier caso, deberán ser proporcionadas a la finalidad perseguida sin que la adopción de las mismas pueda causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o implicar la violación de derechos amparados por las leyes.»* Artículo 7.2 in fine del Decreto 245/2000.

El principio de proporcionalidad es uno de los principios que rigen la potestad sancionadora. Implica la adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada porque en la responsabilidad dimanada de una infracción se integran, por un lado la sanción stricto sensu, y por otro una serie de consecuencias generales, aunque no necesariamente pecuniarias, que ha de soportar el imputado que haya sido declarado autor de la infracción.

Cumple en el ámbito del derecho administrativo sancionador una doble función:

— Sirve para introducir un criterio de prudencia en la tipificación de las conductas reprochables, de manera que sólo se califica de infracción aquella conducta que no puede ser reprimida por otros medios
— Sirve para atemperar el ejercicio de la potestad sancionadora, transformando lo que podría verse como actividad discrecional en una actividad reglada.

A él se refiere el artículo 131.3 LRJAP:

> *«En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*
> *a) La existencia de intencionalidad o reiteración.*
> *b) La naturaleza de los perjuicios causados.*
> *c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.»*

La adopción de estas medidas no vulnera la presunción de inocencia pues no implica condena ni sanción ni impide que se declare posteriormente la inexistencia de infracción administrativa alguna (ATC 10141/1980, de 3 de diciembre).

A diferencia del Real Decreto 1398/1993 (artículo 4.2), no recoge el Decreto 245/2000 referencia alguna a la compensación de las medidas de carácter provisional ejecutadas con la sanción impuesta, en aquellos supuestos en que tal compensación sea posible, lo que supone un vacío normativo que al poder irrogar perjuicio al interesado/sancionado permitirá que éste pueda solicitar que dicha compensación se lleve a efecto.

El acto de adopción de una medida de carácter provisional es acto de trámite debiendo plantearnos si será susceptible de recurso o impugnación directa.

A nuestro juicio sólo cabrá en aquellos supuestos en que produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107 LRJAP [125] y 25.1 LJCA 29/1998, de 13 de julio.

[125] Artículo 107 LRJAP: *«Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.*
La oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.»

Tanto el artículo 72 LRJAP, como en el ámbito autonómico el artículo 7.2 in fine del Decreto 245/00, proscriben la adopción de medidas provisionales que puedan causar perjuicios de imposible o de difícil reparación, lo que limita aún más la posibilidad de recurso contra el acto de adopción.

Además, el artículo 72.2 LRJAP, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, permite la impugnación directa del acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo en el supuesto en que previamente se hubieran adoptado medidas provisionales, de donde parece desprenderse que el acto recurrible no sería el acuerdo de adopción sino el posterior de iniciación del procedimiento.

A nuestro entender deben interpretarse de forma conjunta tanto el artículo 72 LRJAP como el artículo 107 de dicha Ley y el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, 29/1998, de 13 de julio, lo que nos lleva a admitir el recurso contra el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador si con anterioridad se adoptaron medidas provisionales así como a admitir el recurso contra el acuerdo de adopción de dichas medidas conforme a las reglas generales referentes a la impugnación de actos de trámite en los términos anteriormente expuestos y con los requisitos previstos en los artículos 107 LRJAP y 25.1 LJCA.

Formalización de la Iniciación

El acto de iniciación del procedimiento tiene carácter instrumental, limitándose a impulsar el procedimiento sin condicionar el acto que pondrá fin al mismo, por lo que debe ser calificado, en principio, como un acto de trámite, [126] no siendo susceptible de recurso de forma autónoma sino a través de la impugnación de la resolución que ponga fin al procedimiento conforme a los artículos 107 LRJAP y 25.1 LJCA 29/1998 [127], SSTS de 25 de febrero de 1983, 22 de mayo de 1984, 4 de julio de 1990 o 15 de julio de 1991.

[126] Como mera comunicación dirigida al interesado, constituye un acto de trámite que no decide el procedimiento administrativo sino que sólo prepara la resolución definitiva, ya que es un simple eslabón del procedimiento, sin individualidad propia, absorbido por la unidad del mismo, a diferencia de la resolución que, como acto terminal del procedimiento, contiene el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo. Acto típico de trámite son también los informes, que aportan o comprueban datos de interés para poder dictar la resolución. Podemos citar infinidad de sentencias al respecto, por ejemplo, la **STS de 19 de noviembre de 1985:** *«Un informe, por importante que sea, por condicionar las facultades del órgano de competencia para decidir, es un acto de trámite que no tiene otra finalidad que impulsar el procedimiento, pero que no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto y menos hace posible o suspende su continuación».*

[127] Sobre la calificación del acuerdo de iniciación como acto de trámite GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, Alcance actual del control judicial de la actividad de la Administración, Ed. Comares, págs. 134 y siguientes.

Es el acto inicial que abre el procedimiento sancionador, lo que una vez más viene a poner de manifiesto que es a partir de este momento y no antes, cuando existe el procedimiento sancionador, sin que formen parte de él la denuncia u acto que motive su inicio, ni tampoco las posibles diligencias previas o trámite de información reservada. Resulta obvio pero importante resaltar este aspecto ya que no son infrecuentes las alegaciones de particulares que incluyen estos trámites previos dentro del procedimiento sancionador, por ejemplo a efectos de computar el plazo máximo de resolución del procedimiento sancionador.

Al contenido mínimo del acuerdo de iniciación se refiere el artículo 6 del Decreto 245/00 [128] que se amplía notablemente en cuanto al anteriormente exigido en el artículo 7 del derogado Decreto 77/93. [129]

> *«El acuerdo de iniciación de los procedimientos sancionadores tendrá el contenido mínimo siguiente:*
> *a) Identidad del instructor y, en su caso, del secretario.*
> *b) Identificación de los presuntos responsables*
> *c) Hechos que se les imputen.*
> *d) Las infracciones que tales hechos pudieran constituir.*
> *e) Sanciones que se les pudieran imponer.*
> *f) Autoridad competente para la resolución del expediente y norma que le atribuya tal competencia.*
> *g) Indicación expresa del derecho de los interesados a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y plazos para su ejercicio.*
> *h) Medidas de carácter provisional que puedan acordarse, sin perjuicio de aquellas otras que puedan adoptarse en cualquier otro momento del procedimiento.*
> *i) En el supuesto previsto en el artículo 8.2 del presente Reglamento, las reducciones a aplicar en el importe de la sanción propuesta».* Art. 6 del Decreto 245/00.

Prueba de que el acuerdo de iniciación es acto de trámite es que se ha de notificar a los interesados pero sin que la notificación haya de contener mención alguna a recursos, pues ninguno cabe interponer.

Nada dice este precepto de la notificación del acuerdo de inicio al denunciante, mención que sí recogía el artículo 7.2 del derogado D. 77/93 y recoge el artículo 13.2 del Real Decreto 1398/93, por lo que debemos entender que este acto administrativo sólo se habrá de notificar al denunciante cuando en él concurra un interés legítimo que lo convierta en interesado a los efectos del artículo 31 LRJAP.

Otra novedad introducida por el Decreto 245/00 es que además de los extremos anteriormente mencionados el acuerdo de iniciación debe contener una serie de advertencias.

[128] En el ámbito estatal el artículo 13 RD 1398/93.
[129] Se añaden los puntos g), h) e i).

> *«El acuerdo de iniciación se comunicará al instructor y al secretario, si lo hubiere, y simultáneamente se notificará a los interesados.*
> *La notificación a los interesados incluirá, además de los extremos comunes a toda notificación, las siguientes advertencias:*
> *a) Que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento, dicho acuerdo podrá ser considerado propuesta de resolución en el caso de que contenga un pronunciamiento preciso en todos los elementos que la integran de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de este Reglamento.*
> *b) La posibilidad del reconocimiento de responsabilidades en los términos y con los efectos previstos en el artículo 8 del presente Reglamento.»* Art. 6.2.a).b) del Decreto 245/00.

Sin perjuicio de la posibilidad de formulación de alegaciones y aportación de documentos en cualquier momento anterior a la propuesta de resolución (artículo 9.2 Decreto 245/00, que también recoge en el ámbito estatal el artículo 3 del R.D. 1398/93), los interesados podrán, durante el plazo de quince días desde la notificación del acuerdo de iniciación, formular las alegaciones, presentar los documentos que tengan por conveniente y proponer la práctica de las pruebas que estimen pertinentes (artículo 6.3 Decreto 245/00).

Por último señala el artículo 6.4 del Decreto 245/00 que:

> *«Si, como consecuencia de los actos de instrucción del procedimiento, aparecieran presuntos responsables de los hechos que no constaran en la iniciación de éste, el órgano competente para la incoación del procedimiento los incluirá en el mismo. La formalización de dicho Acuerdo tendrá, como mínimo, el contenido indicado en el número 1 de este artículo, y se seguirán respecto de los mismos los trámites establecidos en este Reglamento.»*

3. La instrucción del procedimiento

Es en esta parte del procedimiento donde se han introducido la mayor parte de modificaciones en relación al Decreto 77/1993. Al respecto señala el preámbulo del Decreto 245/2000 que:

> *«El nuevo Reglamento introduce una serie de modificaciones encaminadas a agilizar el procedimiento, inspirándose en el principio de economía procesal, eliminando aquellos trámites repetitivos o que no aportan mayores garantías para la defensa de los interesados. Así, se elimina el pliego de cargos, que puede considerarse un trámite superfluo por estar ya contenidos sus*

elementos esenciales en el acuerdo de iniciación, y se elimina asimismo el proyecto de propuesta de resolución, pues no añade ningún valor nuevo al procedimiento. De este modo, el procedimiento ordinario se configura con un acuerdo de iniciación, con plazo de alegaciones y propuesta de prueba, una propuesta de resolución, con audiencia de los interesados y plazo de alegaciones, y una resolución final, acentuando el principio de eficacia en la actuación administrativa sin que ello suponga merma de las garantías procesales de los particulares, cuyo derecho de defensa y de contradicción queda respetado.»

Actos de instrucción y alegaciones

A diferencia del Decreto 77/93, que remitía de forma genérica a los artículos 78 y 79 de la Ley 30/92, el artículo 9 del Decreto 245/2000 separa lo referente a la instrucción de las alegaciones. Para la primera reproduce íntegramente el artículo 78 de la LRJAP señalando que:

> *«Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legales o reglamentariamente establecidos.»*

En cuanto a la formulación de alegaciones y presentación de documentos ya mencionamos, se concede a los interesados un plazo general de quince días desde la notificación del acuerdo de iniciación, a lo que se añade en el artículo 9.2 la reproducción literal de lo dispuesto en el artículo 79.1 de la LRJAP:

> *«Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior a la propuesta de resolución [130], aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.*
> *Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución».*

Este precepto es manifestación del derecho general reconocido en el artículo 35.e) de la LRJAP, que pretende excluir la indefensión y respetar al máximo la regla de que nadie puede ser condenado sin ser oído.

[130] A diferencia del RD 1398/1993 que permite en su artículo 3.2 la formulación de alegaciones y presentación de documentos con anterioridad al trámite de audiencia, que es posterior a la propuesta de resolución.

Apertura del período probatorio y admisión de pruebas

El principio de presunción de inocencia en el ámbito sancionador viene recogido en el artículo 137 LRJAP, que constituye la aplicación al ámbito sancionador del derecho fundamental recogido en el artículo 24 CE de 27 de diciembre de 1978.

Conforme a la Sentencia de 13 de junio de 2000, dictada por la Sección Novena del Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

> *«El derecho de presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción en el orden administrativo sancionador sin previa actividad probatoria de cargo. Y en el caso de los autos no se ha vulnerado dicho derecho pues existe prueba de cargo suficiente que acredita la conducta obstruccionista del titular del establecimiento objeto de los autos.*
> *Aunque es cierto que los principios propios del derecho penal son trasladables al ámbito del derecho administrativo sancionador ello nunca puede ser en su totalidad o de modo absoluto, y así cuando en el ámbito administrativo sancionador se habla en el artículo 137 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de autoridad a los efectos de otorgar a su actuación presunción de veracidad suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia debe interpretarse en un sentido amplio y comprender cualquier actuación practicada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, cualquiera que sea su categoría y grado profesional sin atender a la distinción que en el ámbito penal se efectúa entre autoridad y agente de la autoridad pues debe presumirse la objetividad, imparcialidad y especialización de dichos funcionarios públicos en su actuación, lo que justifica que pueda otorgarse a las actas practicadas por los mismos, y en un principio, presunción de veracidad y valor de prueba, correspondiendo al efecto desvirtuar su contenido».*

Ha de tenerse en consideración el criterio que el Tribunal Constitucional sienta en su Sentencia de 28 de julio de 1981 al declarar que:

> *«La estimación de la presunción de inocencia ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de las pruebas por parte del Tribunal, lo que supone que los distintos elementos de prueba pueden ser libremente ponderados por el mismo a quien corresponda valorar su significación y transcendencia para fundamentar el fallo».*

Y si bien este precepto se refiere a los Tribunales de Justicia hay que tener presente que también el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de junio de 1981, ha declarado con base a lo establecido en el artículo 25 de la Constitución que:

« Los principios inspiradores del Ordenamiento penal son aplicables con ciertos matices al Derecho Administrativo Sancionador, dado que ambos son manifestaciones jurídicas del Ordenamiento punitivo del Estado»

La presunción de inocencia implica que nadie puede ser condenado o sancionado sin que exista prueba que haya destruido categóricamente esta presunción iuris tantum, lo que deberá ser apreciado por el tribunal u órgano administrativo en cada caso concreto[131], habiendo señalado el Tribunal Constitucional que la carga de la prueba u onus probandi corresponde a quien acusa y por tanto a la Administración, corriendo a cargo del administrado sólo la carga de recurrir, pues la prueba de la inocencia constituiría una probatio diabólica.

«Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien.

Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable». Artículo 137 LRJAP.

Podemos citar la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de mayo de 2001:

«Los hechos que los funcionarios hacen constar en las denuncias por ellos extendidas están dotadas de presunción de certeza respecto de los hechos que hayan sido constatados por el funcionario actuante, salvo prueba en contrario. Tal presunción tiene su fundamento en la imparcialidad y en la especialización técnica que, en principio, debe reconocerse a los funcionarios que las extienden, por lo que su actuación y el resultado de la misma, debidamente constatado, debe reputarse como actividad probatoria de cargo suficiente para destruir la presunción iuris

[131] Así lo recoge entre otras la STS de 2 de marzo de 1998.

tantum de inocencia reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución. En efecto, el Tribunal Supremo tiene declarado en múltiples sentencias como la de 23 de marzo de 198 y 29 de junio de mismo año, entre otras, con relación a la presunción, que el sentido de la norma es el de otorgar el valor de presunción iuris tantum de certeza a los hechos consignados en el acta y percibidos por la propia Inspección, presunción que por su naturaleza cede cuando se aportan pruebas que acrediten la falta de correspondencia entre lo consignado en el acto y la realidad, cuyas pruebas, valoradas por el Tribunal, pueden permitir a éste establecer su disconformidad con los hechos que sirven de soporte al acto combatido.

Por otro lado, y en la misma línea, cabe decir que la presunción de veracidad no afecta a todo el contenido del acta sino a determinados datos que la Jurisprudencia se ha encargado de perfilar. En efecto, tal presunción ha de referirse a los hechos comprobados en el mimo acto de la visita, cuando se levanta con ocasión de ella, lo cual exige que los hechos, por su realidad objetiva y visible, sean susceptibles de apreciación directa en dicho acto, o bien que resulten acreditados in situ por otros medios de prueba, especialmente, la documental. En este sentido se pronuncian múltiples sentencias de nuestro más Alto Tribunal. Así, a título de ejemplo cabe citar la de 9 de diciembre de 1986 que afirma que la presunción de veracidad se extiende a los hechos comprobados personalmente por el Inspector, la de 26 de junio de 1987 que extiende la presunción a los hechos y datos objetivos que por su notoriedad y evidencia fueron objeto de percepción directa por el Inspector, la de 15 de marzo de 1988 a cuyo tenor, la presunción de que se trata alcanza únicamente a los hechos que la Inspección haya comprobado, la de 24 de enero de 1989 que se refiere al resultado debidamente constatado por el Inspector, etc. En resumen, la presunción de que se trata, comprende y ampara cualquier afirmación o apreciación que el funcionario actuante haga constar en el acta bajo su fe, siempre que ello sea expresión de su convicción y directa comprobación personal in situ y se refiera al incumplimiento de las leyes. Pero cuando los hechos, por su propia naturaleza, no son susceptibles de aquella comprobación real, objetiva y directa y tampoco se disponga en el acto de la visita de los elementos documentales y testimoniales que permitan una afirmación de su existencia sobre una base sólida, el acta no goza de esa presunción de certeza y su comprobación debe hacerse por otros medios. Por último, parece oportuno recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 abril de 1990, reconoce que la presunción de veracidad que cabe atribuir a los actos de la Administración Pública, no están en contradicción con la presunción de inocencia; admitiendo su carácter de medio probatorio como documento público, especialmente de los hechos comprobados direc-

tamente por el funcionario actuante sin que sea necesario reiterar, en vía jurisdiccional, la actividad probatoria de cargo realizada en el expediente administrativo».

Y la sentencia, también del TSJ de Madrid, de 10 de septiembre de 2000:

> *«La figura de la ratificación no se exige en la Ley de procedimiento administrativo...*
>
> *El tema de las actas de inspección ha sido suficientemente analizado y reiterado por la jurisprudencia. Las actas gozan de presunción de veracidad, con arreglo al artículo 137 de la Ley 30/92 y destruyen la presunción de inocencia, cuando constan suficientemente los hechos en ellas descritos, sin otra prueba que los desvirtúe. En este caso, no existe otra prueba relevante que desvirtúe el contenido del acta que denuncia estos hechos. El hecho de que rija en el procedimiento administrativo sancionador el principio de presunción de inocencia no supone, en absoluto, que no pueda otorgarse valor a dichas actas. Como recuerda el TS, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada, que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorada por el órgano sancionador, deba traducirse en un pronunciamiento absolutorio».*

Una vez presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo de quince días desde la notificación del acuerdo de iniciación, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el órgano instructor acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez.

En el mismo acuerdo, que deberá notificarse a los interesados, decidirá sobre la admisión de aquellas pruebas propuestas por éstos y determinará de oficio la práctica de las que considere necesarias para la resolución del procedimiento.

Se practicarán de oficio, o se admitirán a propuesta de los presuntos responsables, cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de los hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán ser declaradas improcedentes, de manera motivada, aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

En cuanto a si la denegación de pruebas propuestas produce lesión al derecho a la defensa hay que decir que la Administración no tiene

la obligación de practicar toda la prueba propuesta, sino sólo aquella que sea relevante para la decisión del procedimiento.

En este punto podemos invocar la doctrina jurisprudencial sobre la inadmisión de prueba en vía administrativa, siendo explícita y clara la Sentencia de 6 de Noviembre de 1998 del Tribunal Supremo (con Ponencia de LEDESMA BARTRET), cuyo Fundamento de Derecho Séptimo se expresa en los siguientes términos:

> *«El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas interesadas. Corresponde al Juez y, en este caso, al Instructor del expediente administrativo, enjuiciar la pertinencia para la solución del asunto de las pruebas que se solicitan y ordenar la forma en que deban ser practicadas. En todo caso ha podido impugnar la resolución sancionadora, primero en alzada y, después, ante esta vía jurisdiccional, donde con plenitud de contradicción y de medios de defensa y de prueba ha podido exponer sus argumentos y acreditar los hechos constitutivos de su pretensión impugnatoria sin limitación alguna, por lo que no puede sostenerse que haya sufrido indefensión».*

Práctica de la prueba

La práctica de la prueba se efectuará conforme a lo previsto por la legislación de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.[132]

En el artículo 11 del Decreto 245/2000 se añade como novedad que cuando la prueba acordada consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo o de una entidad pública, se entenderá que tiene carácter preceptivo, y podrá considerarse determinante para la resolución de los procedimientos con los efectos previstos en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre[133], de forma que de no emitirse en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

---

[132] Artículo 81 LRJAP: Práctica de prueba:

«La Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas.

En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan.

En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos».

[133] Cuestión prevista en el artículo 17.4 del RD 1398/1993.

Propuesta de resolución y audiencia de los interesados

Conforme al artículo 12 del Decreto 245/2000:

> *«Instruido el procedimiento, el instructor formulará propuesta de resolución, en la que se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su calificación jurídica, se determinará la infracción que aquéllos constituyan, la persona o personas que resulten responsables, la sanción a imponer y el pronunciamiento sobre las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso.*
>
> *Cuando de la instrucción practicada se derive la inexistencia de infracción o responsabilidad, el instructor propondrá el sobreseimiento del procedimiento.*
>
> *La propuesta de resolución se notificará a los interesados a los que, durante el plazo de los quince días siguientes, se les pondrá de manifiesto el expediente para que, en dicho plazo, efectúen las alegaciones y presenten los documentos e informaciones que tengan por conveniente.»*

La propuesta de resolución, junto con todos los documentos, actuaciones y alegaciones que obren en el expediente, se cursará al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento, salvo que dicha propuesta fuera la de sobreseimiento, en cuyo caso se cursará al órgano competente para iniciar el procedimiento.

Queremos destacar que, en los supuestos de inexistencia de infracción o responsabilidad, el Instructor tiene el deber inexcusable de proponer el sobreseimiento del procedimiento [134], sin necesidad de alegación alguna de parte al respecto, y así utiliza el precepto comentado el mandato imperativo Apropondrá@. Sin embargo la práctica nos demuestra que no siempre se respeta esta previsión y que expedientes en los que no hay lugar a exigir responsabilidad por infracción administrativa, por ejemplo por haberse producido la

[134] Es especialmente importante el respeto al principio de tipicidad recogido en el artículo 129 LRJAP:

«Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica».

caducidad del procedimiento, siguen su curso natural obligando al afectado a tener que acudir a la vía judicial para destruir la validez de la resolución que recaiga.

La notificación de la propuesta de resolución es uno de los derechos del presunto responsable recogidos en el artículo 135 LRJAP habiendo declarado el Tribunal Constitucional que forma parte de las garantías del artículo 24.2 de la Constitución, pues sin esta notificación no hay posibilidades reales de defensa. STC 29/1989, de 6 de febrero y SSTS de 12 de febrero de 1996 y 9 de octubre de 2000.

El trámite de propuesta de resolución podrá omitirse, teniendo esta consideración el acuerdo de iniciación, cuando no se hayan efectuado alegaciones sobre el contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento, y éste contenga un pronunciamiento preciso en todos los elementos que integran la propuesta de resolución. Artículo 6.2.a) del Decreto 245/2000.

En este caso se plantea la duda de si ha de notificarse y darse nuevamente audiencia al interesado o por el contrario puede resolverse directamente el procedimiento al entenderse cumplido el trámite de audiencia respecto de la propuesta de resolución. Al ser preceptivo el trámite de audiencia del artículo 12 del Decreto 245/2000, e independiente del plazo conferido para formular alegaciones tras la notificación del acuerdo de iniciación, a nuestro juicio debe entenderse que en los supuestos en que dicho acuerdo sea tenido como propuesta de resolución ha de darse nuevamente traslado al interesado, poniéndole de manifiesto el expediente, para que pueda efectuar las alegaciones y presentar los documentos e informaciones que tengan por convenientes[135]. Y todo ello a pesar de que conforme a lo dispuesto en el artículo 84.4 LRJAP *«Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.»*

Aún cuando la puesta de manifiesto del expediente se produce en este momento el interesado podrá hacer uso de los derechos recogidos en el artículo 35 LRJAP, entre los que se comprenden el de conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos, a obtener copias de los documentos contenidos en ellos o el derecho de acceso a expedientes.

[135] La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo en su Sentencia de 25 de mayo de 1999, (Ar 4162), admite sin embargo la ausencia de este nuevo trámite de audiencia al disponer que *«la notificación de la propuesta de resolución puede dejar de ser imprescindible si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso, como ocurre en el caso de los autos, en el que la propuesta de resolución no se aparta del contenido del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador, y en la que se contiene todos los datos necesarios, hechos imputados, preceptos infringidos, calificación de la infracción y posibles sanciones.»*

La propuesta de resolución es igualmente acto de trámite, (STS de 26 de enero de 1987), si bien vinculante en cuanto a los hechos imputados[136], (SSTC 31/1986, 195/1995 o 3/1999).

4. La finalización del procedimiento

Actuaciones complementarias

Vienen a ser recogidas como novedad frente a la regulación del Decreto 77/1993, respetando el derecho a la defensa del interesado que podrá alegar lo que a su derecho convenga sobre dichas actuaciones complementarias, pues forman parte del procedimiento y pueden incidir sobre la calificación jurídica de los hechos imputados.

El artículo 13 del Decreto 245/2000 dice que:

> *«Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver el procedimiento podrá decidir, mediante acuerdo motivado, sobre la realización de actuaciones complementarias que considere necesarias para la resolución del procedimiento.*
>
> *Dicho acuerdo se notificará a los interesados quienes, dentro del plazo de quince días, podrán alegar lo que estimen conveniente.*
>
> *Las actuaciones complementarias se practicarán en un plazo que no excederá de quince días, y durante su realización quedará suspendido el plazo para resolver el procedimiento.*
>
> *No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que precedan inmediatamente a la resolución del procedimiento.»*

Resolución

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 54.1.a) y 138 LRJAP señala el artículo 14.1 del Decreto 245/2000 que:

> *«La resolución del procedimiento será motivada y deberá decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados[137], así como aquellas otras derivadas del expediente, y podrá contener, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva».*

[136] Según STS de 28 de noviembre de 1989: *«Así como debe existir la más perfecta correlación entre los hechos que se comunican como cargos y los que después se sancionan, en virtud del principio acusatorio, no ocurre igual entre la propuesta de sanción y la resolución, al no estar vinculada la autoridad que debe sancionar con la propuesta del instructor».*

[137] Obligación recogida en los artículos 89.1 y 138.1 de la LRJAP.

El Tribunal Constitucional ha venido declarando que los actos administrativos sancionadores deben ser motivados para posibilitar el adecuado control de los mismos, de forma que el deber de motivación de tales actos alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo. Así, la STC, Sala 10, de 13 de enero de 1.998 (núm.7/1998, BOE 12-02-98. Ponente: Excmo. Sr. Cruz Villalón), nos dice:

> *«El derecho a la motivación de la resolución sancionadora es un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las restantes garantías constitucionales que, como hemos visto, resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Así, de poco serviría exigir que el expedientado cuente con un trámite de alegaciones para su defensa, si no existe un correlativo deber de responderlas; o proclamar el derecho de presunción de inocencia, si no se exige al órgano decisor exteriorizar la valoración de la prueba practicada y sus consecuencias incriminatorias.*
>
> *Está exigencia de motivación de las sanciones administrativas, en cuanto relacionada como hemos visto con los principios del Estado de Derecho, constituye, como se ha señalado, una medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 C.E. y las propias garantías que este precepto proyecta sobre los procedimientos administrativos sancionadores. Con todo debe tenerse en cuenta que no es posible trasladar, sin más, a esta sede la doctrina constitucional acerca de la motivación de las Sentencias judiciales, sino, que al igual que con relación a los restantes principios del artículo 24 C.E., debe haberse «una traslación con matices» (STC 45/1997), fundamento jurídico 3º). Lo que, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta es que la suficiencia de la motivación de las sanciones administrativas, al igual que la de cualquier otro tipo de resolución, no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que, como hemos desarrollado respecto de las judiciales, requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no con este requisito (STC 16/1993, 58/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 177/1994, 153/1995 Y 46/1996)».*

También podemos aludir a la STS de 3 de marzo de 1990, según la cual:

> *«La exigencia establecida únicamente corresponde a la necesidad de que se exterioricen las razones por las que se llega a la decisión administrativa para el debido conocimiento de los interesados y para la posterior defensa de sus derechos, porque, además, es ésta la manera de que pueda detectarse y oponerse a*

aquello que suponga cualquier motivo de arbitrariedad de los poderes públicos proscrita en la Constitución, como garantía inherente al derecho a la defensa que la misma eleva a la categoría de fundamental, siquiera con referencia específica al proceso judicial (artículo 24), pero, por lo mismo, nunca ha de estarse a la abstracta causa correcta y efectiva imposibilidad de defensa».

Siguiendo con la exigencia de motivación no hay que confundir la brevedad con la falta de motivación de los actos administrativos resolutorios, ni es necesario exponer los motivos de la decisión cuando están presupuestos en la misma, bastando para estimar cumplido este requisito con que, aún sumariamente, se indique de forma inequívoca el fundamento de la resolución, según recoge la STS de 26 de marzo de 1982.

Igualmente la Jurisprudencia admite la motivación *per relationem* para la que es suficiente que la resolución sancionadora acoja íntegramente la propuesta de resolución. STS de 28 de junio de 1996.

De forma congruente con lo dispuesto en el artículo 138.2 LRJAP, el artículo 14.2 del Decreto 245/2000 dispone que:

«En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica, considerándose a estos efectos incluidas en dicho procedimiento las actuaciones complementarias previstas en el artículo anterior.»

La diferencia de valoración jurídica no puede ser calificada como un supuesto de «reformatio in peius» ya que a la hora de calificar unos hechos en una concreta norma tipificadora de una infracción, la autoridad administrativa decisora está sometida únicamente al Derecho y no a la calificación jurídica otorgada a los hechos en el acuerdo de inicio del expediente sancionador o por el Instructor en la tramitación del expediente. A mayor abundamiento debe tenerse presente que los órganos administrativos, conforme a lo establecido en los artículos 9.1 y 103 de la Constitución se encuentran vinculados a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, de manera que la calificación jurídica contenida en el acuerdo de inicio o en la propuesta de resolución no pueden vincular al órgano decisor, quien a la hora de ejercer la potestad sancionadora se encuentra únicamente sometido al principio de legalidad, (STS de 28 de abril de 1981, 7 de abril de 1982 y 4 de marzo de 1989).

Por consiguiente, en la tramitación de un expediente sancionador se puede variar la tipificación de unos hechos que son constitutivos de infracción administrativa, sin incurrir en «reformatio in peius».

Si el órgano competente para resolver considerase que la sanción a imponer debe resultar de mayor gravedad que la señalada en la propuesta de resolución, lo notificará al inculpado, el cual dispondrá de un plazo de diez días para formular cuantas alegaciones tenga por pertinentes.

La resolución se notificará al interesado y, si el procedimiento se hubiese iniciado como consecuencia de orden superior o petición razonada, dicha resolución se comunicará al órgano administrativo autor de aquéllas. En el caso de que la iniciación se hubiera producido como consecuencia de una denuncia, se comunicará al denunciante el contenido en extracto de la resolución.

Si el órgano competente para resolver acordase el sobreseimiento del procedimiento, se notificará dicha resolución al interesado.

El plazo para dictar resolución será de seis meses, salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor, todo ello sin perjuicio de la interrupción del cómputo de dicho plazo en los casos de paralización del procedimiento por causa imputable al interesado y de suspensión o aplazamiento previstos en el Reglamento.

En cuanto al cómputo de este plazo, a diferencia del Decreto 77/1993 que fijaba el dies a quo desde la notificación de la iniciación del procedimiento, el Decreto 245/2000 lo establece desde la fecha del acuerdo de iniciación. Este mismo criterio se desprende del análisis de la normativa general pues el artículo 42 de la Ley 30/92, en su nueva redacción dada por la Ley 4/1999, establece que:

«El plazo máximo en el que debe notificarse la Resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea.

Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo para recibir la notificación, éste será de tres meses. Este plazo y los previstos en el apartado anterior se contarán:

a) En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación».

Por tanto, este es el trámite a tener en cuenta para determinar el dies a quo, ya que el artículo 5.1 del Decreto 245/2000 recoge que *«los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio...»*.

Debemos citar la Ley 8/1999, de 9 de abril, de adecuación de la normativa de la Comunidad de Madrid a la Ley Estatal 4/1999, de 13 de enero, que recoge, entre otros extremos la duración máxima de determinados procedimientos sancionadores, así, en materia de

vivienda: plazo de un año; en materia de salud pública: nueve meses y por infracciones a la normativa ambiental: un año.

Del mismo modo hemos aludir a la Ley 1/2001 de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen del silencio administrativo de determinados procedimientos como el sancionador en materia sanitaria (medicamentos, oficinas de farmacia, centros de óptica y cosméticos) para el que se determina una duración de nueve meses.

Habrá que estar a los supuestos especiales de interrupción del plazo de caducidad, como el recogido en el artículo 57.3 de la Ley 11/1998 de 9 de julio de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, conforme al cual:

> *«Las solicitudes de pruebas periciales así como de análisis y ensayos técnicos contradictorios y dirimentes que fueran necesarios para determinar la responsabilidad tendrán el carácter de informes preceptivos e interrumpirán el cómputo del plazo de caducidad del procedimiento ya iniciado, hasta que se practiquen.»*

Para los supuestos de resolución extemporánea de los procedimientos sancionadores, podemos acudir a la regla general recogida en el artículo 63,3 de la Ley 30/92:

> *« La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo».*

En relación con la caducidad y las resoluciones dictadas fuera del plazo establecido podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sección Quinta de la Sala Tercera, de 17 de Octubre de 1991 (Ar 6930), de la que resultó Ponente el Excmo. Sr. Delgado Barrio. En ella se trató el tema de una resolución tardía, dictada más allá del plazo de seis meses, fijándose la siguiente doctrina (destacar que resolvía un recurso interpuesto en interés de ley).

> *«En definitiva, el artículo 4 de la ley de Procedimiento Administrativo no es obstáculo para concluir que el transcurso de un lapso de tiempo superior al previsto como de duración máxima del procedimiento no elimina el deber de resolver ni siquiera cuando se ha producido el silencio administrativo negativo, teniendo plena validez, por razón del tiempo, la resolución extemporánea, independientemente de las responsabilidades disciplinaria o de otro orden que puedan derivar de un funcionamiento anormal de la Administración».*

Posteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1999, fijó la doctrina legal en relación con el artículo 63,3 de la Ley 30/92, por lo que vincula a todos los Jueces y Tribunales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa 29/1998, de 13 de julio, señalando que:

> *«El artículo 63.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* ***no implica la nulidad del acto de imposición de una sanción administrativa fuera del plazo legalmente previsto para la tramitación del expediente sancionador».***

A ello hay que añadir la Sentencia de 21 de octubre de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que tomando como base la anteriormente mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1999, dispuso lo siguiente:

> *«... vincula el efecto extintivo propio de la caducidad precisamente a la paralización derivada de una causa imputable al administrado, de suerte que la inactividad de la Administración no puede provocar la caducidad aunque de lugar a otras consecuencias responsabilidad, silencio administrativo.*
>
> *sólo hay caducidad por inactividad del administrado, no por inactividad de la Administración... lo que lleva a entender que habrá caducidad por el transcurso del plazo fijado en el artículo 43.4 de la Ley, tras el plazo que consta en el artículo 20.6 del RD 1398/93, solamente si la paralización de las actuaciones es imputable al propio administrado.*
>
> *Aquí no se ha dado este supuesto, lo que impide estimar la existencia de la caducidad alegada por la parte demandante».*

Llegado este punto hemos de plantearnos la **procedencia de abrir un nuevo procedimiento sancionador mientras no haya prescrito la infracción.**

Esta posibilidad viene recogida legalmente en el art. 92.3 de la Ley 30/92:

> *«La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.»*

El supuesto legal también incluye en él la referencia a la Administración, y no sólo la del particular solicitante, desde la precedente LPA de 17 de julio de 1958 (art. 99.2), que no regulaba sin embargo la caducidad de procedimientos iniciados de oficio, ni especialmente en el procedimiento sancionador, al que se referían sus arts. 133 a 137.

La caducidad, en cuanto forma anómala de conclusión del procedimiento sancionador, no se equipara a la prescripción de la infracción, dados los diversos plazos de tiempo que han de transcurrir para que se produzcan los respectivos efectos extintivos, uno del procedimiento, y otro de las facultades o derechos que constituyen el fundamento o título jurídico ejercitable, lo que supone algo tan obvio como lo que, en sentido negativo, dice el artículo 92.3: que la caducidad o perención del procedimiento, por sí misma, no extingue por prescripción el derecho o facultad de que sea titular el particular interesado o la Administración, y por ello que el plazo de prescripción del derecho material o sustantivo, más amplio por lo general, continúa abierto aun en el caso de haber caducado el procedimiento administrativo. Estos son los efectos a que se refiere, o establece el precepto legal, para deslindar los propios de la caducidad procedimental, respecto de la prescripción.

La terminación del procedimiento por caducidad viene a ser inocua y no afecta en cuanto tal, por sí sola, a la extinción por prescripción de la infracción cometida.

En el procedimiento sancionador, la Administración actúa en ejercicio de una potestad administrativa. Un tipo, pues, de poder jurídico, pero distinto del derecho subjetivo, que no tiene, a diferencia de éste, su origen en una relación jurídica concreta, sino directamente en el Ordenamiento jurídico, por lo que no es predicable de tal tipo de potestad pública la posibilidad de prescripción. Las potestades administrativas son imprescriptibles sencillamente porque, en cuanto públicas, la Administración titular ha de ejercitarlas mientras se mantenga viva y en vigor la norma legal que le atribuye aquélla.

Así, sobre el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, la sentencia del TS de 29 de enero de 1994 (Ar. 348) se refiere a la inocuidad de la caducidad respecto a la prescripción:

> *«Ya que ambas instituciones juegan por separado, de modo que, si no ha transcurrido el plazo para que queden extinguidos los derechos que sirvieron de base a la petición deducida en el procedimiento caducado, su titular podrá incoar en cualquier momento un nuevo procedimiento para hacer efectivo aquel derecho; sin embargo, «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción», lo cual implica, sensu contrario, que los procedimientos no caducados, cualquiera que sea su duración, sí interrumpen el plazo de prescripción».*

Como ya hemos dicho, se deben alegar las razones de actuar la Administración en ejercicio de una potestad, la sancionadora, cuyo tiempo o plazo constituyen un elemento reglado y legalmente obligado, cuyo estricto cumplimiento no puede quedar, por exigencias fundamentales de seguridad jurídica y de eficacia administrativa, al mero arbitrio de la Administración. El incumplimiento del plazo no puede quedar al arbitrio de ésta, ni puede «premiarse» concediendo otros a favor del órgano que lo haya incumplido, en lugar de proceder a la exigencia de responsabilidad del agente causante del incumplimiento, como requiere en la Ley 30/1992, en su artículo 42.7.

Como conclusión al respecto hemos de decir que la Administración está obligada a declarar de oficio la caducidad de un expediente cuando haya transcurrido el plazo que determina las normas para su tramitación artículo 42.2 de la ley 4/99). Sin embargo, en tanto la infracción no haya prescrito, podrá ser iniciado un nuevo procedimiento, cuestión que deberá indicarse en la notificación de la resolución por la que se declare caducado el anterior expediente.

En cuanto a la **ejecutividad de la resolución** según sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1986:

> *«La potestad ejecutoria en el ámbito sancionador, de naturaleza materialmente penal, tiene un límite más exigente en otra presunción, la presunción de inocencia configurada también constitucionalmente (artículo 24.2 in fine), que impide así, a nuestro parecer, la ejecutividad inmediata de la sanción impuesta por un órgano administrativo, sin haberse agotado todas las instancias dentro de la propia Administración y, por tanto, mientras no se hubiera resuelto el recurso correspondiente. El acto que se pretendía ejecutar no era pues firme y en consecuencia no se podía estimar plenamente consolidada la decisión definitiva de la Administración respecto de la culpabilidad o inocencia del afectado, quebrando así esa inicial presunción y convirtiéndola en convicción o certeza...».*

Esta doctrina jurisprudencial fue plasmada posteriormente en las normas legales, así el artículo 138.3 LRJAP:*«La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa»*, de ahí que el artículo 14.4 del derogado Decreto 77/93 dispusiese con idéntico tenor que: *«La Resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa»*.

El artículo 14.7 del nuevo Decreto 245/00 recoge el mismo concepto pero con redacción aún más categórica:

> *«Las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa serán inmediatamente ejecutivas».*

Reconocimiento de responsabilidades

Otra forma de terminación del procedimiento es el reconocimiento de responsabilidad por el presunto infractor, lo que no determina

automáticamente la finalización de aquel, ya que será la Administración la que decida, entendemos que de forma motivada, sobre la continuación del procedimiento, debiendo en todo caso evitarse que el pago de la sanción sea más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida. Esta posibilidad no estaba prevista en el derogado Decreto 77/1993. Esta obligación es recogida con carácter general en el artículo 131.2 LRJAP: *«El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»*.

Y específicamente por algunas disposiciones, por ejemplo el artículo 55 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid.

Conforme al artículo 8 del Decreto 245/2000:

> *«Iniciado el procedimiento sancionador, si el infractor reconoce explícitamente su responsabilidad se podrá resolver sin más trámite con la imposición de la sanción que proceda.*
>
> *Cuando la sanción tenga carácter pecuniario, el pago voluntario por el imputado, en cualquier momento anterior a la resolución, podrá implicar igualmente la terminación del procedimiento sin perjuicio de la posibilidad de interponer los recursos procedentes.*
>
> *En los términos o períodos expresamente establecidos por las correspondientes disposiciones legales, se podrán aplicar reducciones sobre el importe de la sanción propuesta, que deberán estar determinadas en la notificación de la iniciación del procedimiento».* [138]

Reposición e indemnización

Dentro de los principios de la potestad sancionadora señala el artículo 130.2 de la LRJAP que:

> *«Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.»*

[138] Así se prevé en materia de tráfico, en el artículo 67.1 de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial; y en materia tributaria, en el artículo 82.3 de la Ley General Tributaria.

Dada la distinta naturaleza de la sanción y la medida reparatoria, ambas son compatibles, [139] disponiendo el artículo 15.1 del Decreto 245/2000 que:

> *«En la resolución del procedimiento podrá declararse la exigencia al infractor tanto de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción como de la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración Pública, cuando su cuantía hubiere quedado determinada durante el procedimiento.»*

En el caso de que la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios causados no se hubiese determinado en la resolución, tal determinación se realizará a través de un procedimiento complementario, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa, siendo por tanto recurrible ante la jurisdicción Contencioso-administrativa. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, aunque ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad, con lo que se respeta el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del artículo 24.2 de la Constitución, de aplicación al ámbito sancionador [140].

La obligación de reparación viene consagrada a nivel constitucional en el artículo 45.3 en materia medioambiental, lo que ha provocado que la práctica totalidad de normas dictadas en esta materia acojan esta previsión.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid la Ley 16/1995, de 4 de mayo, Forestal y de Protección de la Naturaleza, (artículo 111), contempla la posibilidad de exigir al infractor el cumplimiento de la reparación así como la indemnización de los daños y perjuicios causados. La Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, (artículo 66), es aún más categórica pues establece, no la mera posibilidad, sino la obligación de reparar el daño causado, debiendo la resolución sancionadora reflejar expresamente esta obligación del infractor, así como el deber del responsable de las infracciones de indemnizar los daños y perjuicios causados.

[139] SSTS de 14 de junio de 1986 o de 24 de enero de 1991.

[140] SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, 45/1997, de 11 de marzo y 161/1997, de 2 de octubre y numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha consagrado el derecho a no declarar contra sí mismo en el orden administrativo, incluso durante la fase de instrucción.

5. El procedimiento simplificado

Con base en el principio de eficacia, otra de las innovaciones introducidas con respecto a la normativa anterior es, como señala el Preámbulo del Decreto 245/2000 «*la creación de un procedimiento simplificado para la sanción de faltas leves, a través de una reducción de los plazos y trámites a efectuar, pero siempre manteniendo inalterables las facultades de defensa y las garantías de los interesados.*»

Conforme al artículo 16 del Decreto 245/2000 este procedimiento se podrá seguir en el supuesto de que el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve.

Del mismo modo, si una vez iniciado el procedimiento sancionador de carácter ordinario se considera que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve, el órgano competente para iniciar el procedimiento podrá acordar, a propuesta del órgano instructor, que prosiga conforme a la tramitación simplificada.

A la tramitación se refiere el artículo 17:

El órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador adoptará el correspondiente acuerdo de iniciación, con especificación del carácter simplificado del procedimiento, dando comunicación del mismo al órgano instructor y notificándolo a los interesados.

En el plazo de los diez días siguientes a la notificación del referido acuerdo, los interesados podrán formular alegaciones y presentar los documentos que estimen pertinentes, así como proponer la práctica de las pruebas que consideren convenientes.

El órgano instructor efectuará las actuaciones oportunas y, en su caso, practicará las pruebas que hubieran sido admitidas.

El órgano instructor formulará propuesta de resolución o, si apreciase que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción grave o muy grave, acordará que continúe la instrucción por los trámites del procedimiento ordinario, notificándose así a los interesados para que en el plazo de cinco días propongan prueba si lo estiman conveniente.

La propuesta de resolución, junto con la documentación unida al expediente se remitirá al órgano competente para resolver, a fin de que dicte la resolución que finalice el procedimiento. Dicho procedimiento deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación.

EVALUACIÓN AMBIENTAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

POR
VÍCTOR MANTECA VALDELANDE
DOCTOR EN DERECHO[1]

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS AMBIENTAL DE PLANES Y PROGRAMAS. III. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. IV. PROCEDIMIENTOS. V. DECLARACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. VI. EVALUACIÓN AMBIENTAL DE ACTIVIDADES. VII. INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL: LA ACTIVIDAD CONTROL E INSPECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL. VIII. INSPECCIÓN AMBIENTAL. IX. DOCUMENTOS DE INSPECCIÓN. X. INFRACCIONES Y SANCIONES. XI. EPÍLOGO. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo contiene un examen de la Ley 2/2002 de 19 de junio de Evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid a la luz de la normativa estatal sobre esta materia y de los aspectos prácticos que la puesta en marcha de la misma a fin de integrarse en el bloque normativo puesto en marcha a raíz de VI Plan Comunitario sobre el medio ambiente.

La Ley consta de 73 artículos estructurados en seis títulos, 8 disposiciones adicionales, 2 transitorias y una disposición derogatoria única, cinco disposiciones finales y 7 anexos.

La Ley mantiene en esencia la característica del ordenamiento sobre evaluación de impacto ambiental es decir la dualidad de órganos uno de carácter sustantivo o principal y otro ambiental, lo cual supone el mantenimiento de un procedimiento especial para la evaluación de impacto ambiental, no independiente del procedimiento principal al que se refiere, su desarrollo corre paralelo al del procedimiento principal y su resolución ha de estar incorporada en la del procedimiento principal.

El título I, referido a Disposiciones generales, abre el articulado estableciendo que la Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico de los procedimientos ambientales aplicables a los planes, programas, proyectos y actividades, tanto públicos como privados, que se

[1] Consejero Técnico Jurídico. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación.

pretendan llevar a cabo en el ámbito de la Comunidad de Madrid, con el fin de garantizar una adecuada protección del medio ambiente.

Las disposiciones de esta Ley son de aplicación a los planes, programas, proyectos, y actividades públicos o privados que se lleven a efectos en esta Comunidad Autónoma, ya corresponda su autorización o aprobación al Estado, Comunidad Autónoma o administración Local.

Como excepción la Ley no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Planes y programas en materia de emergencia civil.
b) Proyectos o actividades, aprobados o autorizados por una Ley.
c) Planes, programas, proyectos o actividades, cuya aprobación o autorización sustantiva competa a la Administración general del Estado y cuya evaluación ambiental resulte obligada por aplicación de la legislación básica estatal.
d) Los planes, programas, proyectos o actividades que pudieran estar exceptuados del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental por normas estatales [2].

Los planes, programas, proyectos o actividades incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley deberán ser sometidos a alguno de los siguientes procedimientos:

— Análisis ambiental de Planes y programas [3].
— Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) que podrá tramitarse por el procedimiento ordinario o por el procedimiento abreviado [4].
— Evaluación ambiental de actividades [5].

Ningún Plan puede ser objeto de más de un procedimiento establecido por la Ley, el organismo competente en materia de medio ambiente estudiará caso por caso y de acuerdo con criterios recogidos en la propia Ley [6], si alguno de los planes. Programas, proyectos y actividades deben o no someterse a un procedimiento ambiental.

También se establece el sometimiento a estudio los proyectos o actividades autorizados o en proceso de ejecución cuando puedan tener repercusiones sobre el Medio Ambiente con los siguientes efectos:

— Incremento de las emisiones de la atmósfera.
— Incremento de los vertidos de aguas residuales.

[2] Artículo 3.
[3] Regulado en el Título II de la Ley.
[4] Regulado en el Título III de la Ley.
[5] Regulado en el Título IV de la Ley.
[6] En el Anexo Séptimo.

— Incremento de la generación de residuos.
— Incremento de la utilización de recursos naturales.
— Afección de áreas incluidas en el anexo sexto de la Ley.

Para ello el promotor deberá solicitar al órgano con competencia ambiental su pronunciamiento.

II. Análisis ambiental de planes y programas

Antes de su aprobación deberán someterse al procedimiento de análisis ambiental los Planes y Programas de la Administración Autonómica o Local que se desarrollen en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid [7].

La tramitación y resolución del procedimiento de análisis ambiental corresponderá al órgano ambiental de la Comunidad de Madrid.

El organismo promotor debe remitir al órgano ambiental competente un estudio sobre la incidencia ambiental del Plan o Proyecto en cuestión, así como la documentación completa del mismo [8]. La recepción de documentos su pone el inicio del procedimiento.

Los Planes y programas sometidos a análisis ambiental deberán contener un estudio de la incidencia ambiental, teniendo en cuenta los conocimientos y métodos de evaluación existentes, el contenido y grado de especificación del plan o programa, la fase del proceso de decisión en que se encuentra y la medida en que la evalución de determinados aspectos es más adecuada en fases distintas de dicho proceso.

El Estudio de la incidencia ambiental del Plan o Programa debe contener información acerca de los siguientes aspectos:

— Objeto y finalidad del Plan o Programa y relación con otros Planes.
— Descripción de la alternativa cero.
— Criterios de selección de alternativas.
— Descripción de la alternativa seleccionada.
— Características ambientales de las zonas afectadas.
— Los problemas ambientales existentes.
— Los objetivos de la protección ambiental establecidos en diferentes ámbitos.

[7] Siempre que se encuentre entre los incluidos en el anexo Primero, o que resulten de la aplicación de los dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley.
[8] La documentación, incluidos los anejos y cartografía que describa las acciones del Plan o Programa, deberá ser aquella que vaya a ser sometida a aprobación por el órgano competente para ello, salvo caso de planeamiento urbanístico, que tienen diversas particularidades reguladas en el artículo 21 de la Ley.

— Análisis de los efectos de todo tipo sobre el medio ambiente.
— Medidas de prevención y reducción en su caso de los efectos negativos.
— Sistema de control y supervisión.

La información contenida en el Estudio debe ser suficientemente concreta para permitir una evaluación de la incidencia ambiental de las etapas del programa, para ello podrá requerirse la ampliación de la información suministrada en cuyo caso el procedimiento quedará provisionalmente en suspenso.

Realizadas las consultas oportunas y transcurrido el periodo de información pública[9], se emitirá una propuesta de resolución sobre el informe.

Emitido el Informe de Análisis Ambiental por el órgano ambiental, se remitirá al órgano proponer del Plan.

El Informe de Análisis Ambiental determinará la conveniencia [10] de llevar a cabo el Plan o Programa en los términos planteados. Establecerá también los proyectos y actividades derivados del Plan o Programa analizado y el plazo máximo de emisión será de cinco meses desde la solicitud de inicio del procedimiento por el organismo promotor [11].

III. Evaluación de impacto ambiental

La técnica de evaluación de impacto ambiental utiliza una noción amplia de ambiente en referencia a la noción de medio ambiente humano, en el que opera el principio de universalidad en cuanto a la tipología de los componentes ambientales. Es decir que no sólo engloba una preocupación por los recursos naturales sino también otro tipo de elementos materiales como el patrimonio histórico, cultural y artístico, incluso factores socioeconómicos.

La potestad de evaluación ambiental tienen por finalidad introducir la preocupación y condicionantes ambientales en los procesos de toma de decisiones públicas, y conduce a la elección de la mejor solución ambiental entre las alternativas viables.

Esta potestad se configura jurídicamente como una potestad discrecional para la Administración, lo que hace que las decisiones

[9] Que deberá ser anunciado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
[10] Sólo a efectos ambientales.
[11] Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, se entenderá que el Informe de Análisis Ambiental del Plan o Programa es desfavorable. Art. 21.5 de la Ley.

que se tomen deban tener en cuenta la opinión de los ciudadanos y que en estos ámbitos se considere que las mismas deben ser consensuadas.

La obligación de sujetarse a evaluación ambiental afecta tanto a los proyectos públicos como a los privados, por ello para el régimen jurídico de la normativa de evaluación de impacto ambiental es indiferente la titularidad pública o privada de la actividad sujeta, por ello la Ley fija la obligatoriedad de someter a impacto ambiental todos los proyectos y actividades de naturaleza pública y privada enumerados en el anexo segundo de la Ley y aquellos que resulten de la aplicación del los artículos 5 y 6 [12].

El procedimiento de evaluación de impacto ambiental puede ser ordinario y abreviado. La tramitación y resolución de los procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental corresponderá al órgano ambiental de la Comunidad de Madrid, salvo en aquellos supuestos en que la competencia sustantiva para su aprobación o autorización corresponda a la Administración General del Estado.

La clave de los procesos de evaluación del impacto ambiental es el estudio de Impacto ambiental. La responsabilidad de la realización de este estudio se atribuye al titular del proyecto o actividad sujeta y dicho titular puede contratar con cualquier equipo de especialistas para que éstos elaboren el estudio.

La técnica de evaluación se basa en una interacción entre el proyecto de obra o actividad y el impacto, por lo que éste ha de realizarse en simultaneidad con aquel. La primera obligación consiste en la presentación de una memoria-resumen; la persona física o jurídica que pretenda realizar un proyecto o actividad sujeta a evaluación de impacto ambiental deberá remitir al órgano ambiental competente, así como al organismo con competencia sustantiva, una memoria-resumen que recoja las características más significativas del proyecto.

El contenido del Estudio dependerá de la acción de que se trate, pero sea cual fuere la actividad, la finalidad de aquel es realizar una predicción sobre los efectos ambientales que puede producir el proyecto, así como una valoración de los mismos.

[12] En el anexo segundo se incluyen los proyectos y actividades de obligado sometimiento a evaluación de impacto ambiental en la Comunidad de Madrid por el procedimiento ordinario, todos ellos se clasifican según la naturaleza de la actividad:

Proyectos relacionados con la silvicultura, agricultura, acuicultura y ganadería.
Proyectos mineros.
Proyectos industriales: Industria petroquímica, papelera y textil; siderúrgica y del mineral, metalúrgica; alimentaria; producción y transporte de energía; medio hidráulico; gestión de residuos).
El anexo tercero incluye los proyectos para los que se seguirá el procedimiento abreviado. Dentro de las actividades indicadas en el anexo anterior.

Por lo general un estudio sobre Impacto Ambiental suele presentar una estructura con los siguientes apartados:

a) Descripción de la actuación que se quiere llevar a cabo [13]. Su objetivo es detallar la localización espacial del proyecto, las acciones susceptibles de producir impacto ambiental que implica, los materiales que han de utilizarse, los recursos naturales afectados y las emisiones, vertidos, residuos o ruidos que su realización y funcionamiento provoca [14].
b) Inventario ambiental: describe las condiciones ambientales preoperacionales, esto es las anteriores a la realización de la obra y de realizar un estudio comparativo de la situación actual y futura con y sin la acción propuesta.
c) Identificación y valoración de impactos. Se trata de una parte técnicamente más compleja. Ha de deducirse una identificación de los efectos que la actividad produce sobre los condicionantes ambientales. Una vez determinados estos efectos habrá que efectuar la valoración de los mismos, también a través de una metodología compleja [15].

   En esta evaluación han de distinguirse, los efectos directos de los indirectos, además el reglamento estatal añade un notable grupo de efectos que han de ser explicitados. También deberán ser diversificados los efectos positivos de los negativos, los temporales de los permanentes, los simples de los acumulativos y sinérgicos, los reversibles de los irreversibles, los recuperables de los irrecuperables, los periódicos de los de aparición irregular y los continuos de los discontinuos. También se indicarán los impactos ambientales compatibles, moderados severos y críticos, así como las implicaciones económicas de los efectos ambientales [16].
d) Propuesta de medidas protectoras y correctoras. Para reducir o eliminar los efectos ambientales negativos y, en su defecto, aquellas medidas destinadas a compensarlos y el coste económico de las mismas.

   Esta es la parte de más enjundia jurídica en el Estudio de Impacto Ambiental, puesto que condiciona la autorización o aprobación del proyecto.
e) Programa de vigilancia ambiental y control del cumplimiento de las medidas correctoras, así como respecto al nivel de eficacia de las mismas. Para ello debe establecerse un Plan de seguimiento mediante la recogida de datos y su interpretación.
f) Documento de síntesis, para facilitar la comprensión del estudio.

[13] Descripción del proyecto y sus acciones.
[14] En este apartado se ha de realizar un examen de las alternativas técnicamente viables, y una justificación de la opción propuesta.
[15] Por lo general se utilizan valoraciones cualitativas.
[16] En el Estudio debe utilizarse una terminología y unos conceptos que han de ser fijada mediante una redacción apropiada.

La evaluación del impacto ambiental constituye por demás un procedimiento administrativo que se desenvuelve paralelamente al procedimiento autorizatorio o aprobatorio de la actividad y culmina con carácter previo al mismo, con el que participa en determinadas fases procedimentales y con el que guarda el principio de unidad del expediente.

En este procedimiento se entiende por órgano ambiental competente aquel que ejerza estas competencias en la Comunidad de Madrid.

Órgano de competencia sustantiva es aquel que tenga atribuida la función de autorizar o probar la actividad o el proyecto de que se trate.

IV. Procedimientos

Los procedimientos pueden ser ordinario y abreviado.

El procedimiento ordinario de Evaluación de impacto Ambiental se encuentra regulado por la legislación básica del Estado en esta materia [17].

El procedimiento se inicia mediante la presentación, en el órgano sustantivo, de una memoria-resumen del proyecto o actividad junto con la solicitud de autorización del mismo y demás documentación exigible. En el plazo de quince días se remitirá esta documentación al órgano ambiental [18].

El órgano ambiental deberá al promotor asimiso, el listado de las personas e instituciones afectadas por el proyecto o actividad que deberán ser consultadas [19].

El estudio de Impacto Ambiental debe comprender entre otra la siguiente información:

— Descripción del Proyecto y sus alternativas (objetivos, localización y dimensiones; instalaciones anexas; modo de ejecución

[17] Constituida por el real decreto Legislativo 1302/1986 de 28 de junio completado con el real decreto 1131/1988 de 30 de septiembre.
[18] El órgano sustantivo comunicará al promotor la fecha de recepción, a los efectos previstos en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
[19] El promotor queda obligado con esta notificación a enviar a estas personas o instituciones la memoria-resumen del proyecto o actividad solicitando que formulen cuantas sugerencias consideren necesarias para la elaboración del estudio de impacto ambiental.

de obras, programación temporal de las mismas; características de los proyectos productivos, energía exigencias de ocupación de suelo).
— Evaluación de alternativas.
— Descripción de las mejores tecnologías y prácticas disponibles
— Determinaciones del planeamiento urbanístico vigente en el ámbito de influencia del proyecto.
— Estudio socio-demográfico de la población del área de influencia de la instalación.
— Descripción de los recursos naturales y factores ambientales que previsiblemente se vean alterados.
— Descripción de los tipos, cantidades y composición de los residuos generados, vertidos y emisiones contaminantes en todas sus formas.
— Identificación y valoración de las alteraciones generadas.
— Valoración integral de la incidencia ambiental del proyecto.
— Riesgos directos o inducidos.
— Posibles efectos negativos.
— Compatibilidad del Proyecto con la legislación vigente y con planes y programas europeos.
— Programa de Vigilancia ambiental.
— Documento resumen del estudio.

El Estudio será además sometido a un periodo de información pública anunciado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

El procedimiento abreviado de Evaluación de Impacto Ambiental es similar al ordinario[20].

V. Declaración de impacto ambiental

Finalizada la tramitación de los procedimientos de Evaluación de Impacto ambiental el órgano ambiental de la Comunidad de Madrid formulará la correspondiente Declaración de Impacto Ambiental en la que se determina a efectos ambientales, la conveniencia de realizar o no el proyecto o actividad, los principales motivos en los que se ha basado la decisión y en caso de que fuera favorable, las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales.

La Ley establece un plazo taxativo para la emisión de la Declaración de impacto ambiental, nueve meses a partir de la recepción por

[20] Ver artículos 30 a 33 de la Ley.

el órgano ambiental de la Comunidad de Madrid del estudio de impacto ambiental de la memoria-resumen en caso del procedimiento ordinario o de cinco meses en caso del abreviado, si transcurren esos plazos sin que se hubiera dictado resolución expresa deberá entenderse que la Declaración de Impacto Ambiental es negativa[21].

La Declaración de Impacto Ambiental ha de ser publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

La Declaración se a favorable, constituye un requisito previo e indispensable para el otorgamiento de cualquiera de las autorizaciones o licencias que los proyectos o actividades sometidos a Evaluación de Impacto ambiental precisen para su ejecución.

Por otra parte toda Declaración de Impacto ambiental ha de ser sometida informe del Organismos autonómico de competencia medioambiental cuando lo solicite el promotor de un Proyecto o actividad.

Además cuando al comienzo de las obras o del montaje de las instalaciones necesarias para la ejecución del proyecto o actividad, se produjesen cambios significativos en las condiciones ambientales del medio que pudiera verse afectado, deberá revisarse la Declaración a requerimiento de la Administración autonómica[22].

Por ello la Ley obliga los promotores de proyectos o actividades sometidos a Evaluación de Impacto ambiental a comunicar al departamento medioambiental, con la suficiente antelación, la fecha de comienzo de las obras de montaje de las instalaciones.

La Ley califica de confidenciales los datos que, en cumplimiento de esta Ley, aporten los promotores a la Administración, por ello ésta se encuentra obligada a respetar la confidencialidad teniendo en cuenta la protección del interés publico. En este aspecto además hay que tener en cuenta la normativa estatal y autonómica en materia de protección de datos[23].

[21] Estos plazos quedan interrumpidos cada vez que se soliciten informaciones adicionales o ampliación de la documentación. Ver artículo 34 de la Ley.

[22] El plazo máximo de emisión de la resolución sobre revisión de la Declaración de Impacto Ambiental es de cuarenta y cinco días. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera emitido la resolución, podrán entenderse vigente la Declaración emitida en su día. (Artículo 37-4)

[23] Sobre Protección de datos hay que tener en cuenta la siguiente normativa:

Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter personal.
Real Decreto de 26.3.1993 Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.
Real Decreto 994/1999 de 11 de junio Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.
Ley 8/20012 de 13 de julio de Protección de datos de carácter personal de la Comunidad de Madrid.
Ley 13/1995 de 21 de abril regulación uso de la informática en el tratamiento de datos personales por la Comunidad de Madrid.
Decreto 22/1998 de 12 de febrero Estatuto de la Agencia de Protección de datos de la Comunidad de Madrid.
Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

La elaboración del Estudio sobre Impacto ambiental genera una responsabilidad en cuanto al contenido del Estudio que podrá exigirse al autor del mismo y al promotor. De esta responsabilidad estará excluido todo lo relativo a los datos aportados por la Administración.

Antes de realizar la Declaración de Impacto Ambiental el órgano de medio ambiente deberá comunicar al promotor, los aspectos en los que ha de ser completado el Estudio de impacto ambiental fijando un plazo de veinte días para su cumplimiento. En caso de no haberse presentado en dicho plazo la Administración podrá emitir la Declaración de Impacto ambiental.

VI. Evaluación ambiental de actividades

La Ley exige el sometimiento al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental de las actividades siguientes ordenados por sectores de actividad:

— Proyectos agrupecuarios: Las instalaciones ganaderas no previstas en otros procedimientos.
— Proyectos industriales: Fabricación de productos cárnicos, pescado, envasado y empaquetado de productos alimenticios, de aguas minerales, almacenamiento de derivados del petróleo, fabricación de chapa, calderería, celulosa, metalurgia y materiales de construcción.
— Otros proyectos e instalaciones: Imprentas, reparación de vehículos y maquinaria, establecimiento de alojamiento y recogida de animales, distribución de productos químicos, elaboración de abonos, sanitarios, laboratorios y actividades clasificadas como potencialmente contaminantes [24].

La tramitación del procedimiento de Evaluación Ambiental de Actividades corresponde a los Ayuntamientos, cuya competencia específica en esta materia podrá realizarse a través de Entes mancomunados, consorciados u otras asociaciones, de conformidad con lo establecido en la legislación de régimen local [25].

El procedimiento se inicia en este caso con la presentación de la solicitud de autorización o licencia en el correspondiente Ayuntamiento donde el titular pretenda instalar el proyecto o desarrollar la actividad [26]. A esta solicitud deberá acompañarse el proyecto técnico correspondiente.

[24] Además se incluyen todas aquellas actividades establecidas en el Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre por el se aprueba el reglamento de Actividades molestas, insalubres y peligrosas, cuando no estén recogidas en otros anexos de la Ley.

[25] En estos casos también debe cursarse notificación al departamento de Medio ambienta de la Comunidad de Madrid, artículo 42 de la Ley.

Este Proyecto Técnico de las Actividades que se pretenda someter a Evaluación ambiental deberá incluir una Memoria ambiental detallada de la actividad o del proyecto que al menos contenga los siguientes elementos:

a) La localización y descripción de loas instalaciones, procesos productivos, materias primas y auxiliares utilizadas, energía consumida, caudales de abastecimiento de agua y productos obtenidos.
b) La composición de las emisiones gaseosas, de los vertidos y residuos producidos por la actividad, con indicación de las cantidades estimadas de cada uno de ellos y su destino, así como niveles de presión sonora y vibraciones.
c) Grado de alteración del medio ambiente de la zona afectada con carácter previo al inicio de la actividad.
d) Las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente en el ámbito de implantación de la actividad, detallando los referentes a usos permitidos y prohibidos.
e) Cualquier otra información que resulte relevante para la evaluación de la actividad desde el punto de vista ambiental [27].

Esta solicitud se someterá a trámite de información pública junto con el proyecto que debe acompañarla, debe someterse a información pública durante un periodo quince días mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y mediante anuncios en el tablón del Ayuntamiento o Ayuntamientos afectados [28].

Cuando la propuesta de resolución considere que el Informe debe ser desfavorable o que deben imponerse medidas correctoras, se dará traslado de la propuesta al promotor para que en el plazo de diez días pueda formular las alegaciones que estime oportunas. El Informe de Evaluación Ambiental emitido por el Ayuntamiento será público y determinará, a los solos efectos ambientales, las condiciones con arreglo a las cuales podrá iniciarse la actividad, sin perjuicio de las demás

[26] El promotor debe iniciar de manera simultánea los trámites precisos para recabar los informes ambientales de otras administraciones públicas que sean preceptivos.

[27] Además cuando se trate de una actividad catalogada como potencialmente contaminante en materia de ruido y vibraciones, el proyecto técnico deberá contener la información exigida por la normativa vigente en la Comunidad de Madrid, en la materia.

[28] Por otra parte esta documentación deberá ser notificada a los vecinos interesados por razón del emplazamiento propuesto, los cuales dispondrán de un plazo de veinte días para presentar alegaciones.

licencias y autorizaciones administrativas que pudieran ser legalmente necesarias.

La Ley establece un plazo máximo de cinco meses para la emisión del informe, plazo que se contará a partir de la fecha de presentación de la solicitud. Transcurrido sin que se hubiera dictado resolución expresa, podrá entenderse que el Informe sobre Evaluación Ambiental es negativo [29].

Al igual que en el caso de los proyectos, el Informe de Evaluación Ambiental de Actividades constituye un requisito previo e indispensable para la concesión de cualquier licencia municipal relacionada con el proyecto o actividad en cuestión y por ello es vinculante en lo que se refiere a la resolución sobre concesión de dichas licencias.

VII. Inspección vigilancia y control: la actividad control e inspección en el ordenamiento administrativo español

El término de control que se emplea en este título quiere aludir a todo el conjunto de intervenciones públicas destinadas a verificar que el ejercicio de la actividad pesquera cumple la normativa que la regula.

Dentro de estas intervenciones se incluyen la inspección de las actividades pesqueras, la reglamentación de las infracciones y la imposición de las correspondientes sanciones.

Este conjunto de actuaciones está relacionado entre sí dirigiéndose directamente al control de la actividad de los administrados, a la verificación del cumplimiento de la normativa y la aplicación, en su caso, de medidas correctoras.

La potestad administrativa de inspección es aquella parte de la actividad administrativa cuyo objeto consiste, en funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente en una materia concreta, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones objetos y productos hacen ciertas normas jurídicas.

Las diversas funciones de la Administración Pública pueden clasificarse estableciendo en primer lugar, las funciones teleológicas de las funciones instrumentales o mediales, las primeras se hallan orientadas al cumplimiento de los fines propios de la Administración; mientras que, las segundas serán aquellas funciones que la Administración ejercita para procurarse los medios con que llevar acabo sus objetivos.

[29] Aquí también el plazo quedará interrumpido en caso que se solicite información adicional o ampliación de la documentación y se reanudará una vez recibida la misma por el órgano ambiental competente o transcurrido el plazo concedido al efecto.

De acuerdo con este enfoque, la inspección se concebirá como una manera de proveerse la Administración de datos o informaciones sobre los que poder luego actuar y cumplir después los objetivos que se le hayan encomendado.

La Administración inspecciona en atención a algo, es decir como medio para la actuación de otro fin superior o distinto.

La motivación fundamental de la asignación y del ejercicio de estas funciones de inspección y control es, en todos los casos la seguridad. Pero el correcto ejercicio de las competencias de inspección y control, provoca una repercusión económica y social de carácter positivo, siempre y cuando se complementen con armonía los principios de agilidad en las actuaciones, confianza en la actividad de los agentes y fiabilidad de los procedimientos de supervisión y control.

Cuando hablamos de la actividad, función o potestad de inspección, estamos evocando implícitamente una actividad pública esto es, de titularidad pública.

La doctrina administrativista ha identificado potestad con toda acción administrativa que se presenta como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley, por ella delimitado y construido y, en cuanto a la potestad de inspección procede directamente del Ordenamiento Jurídico conteniendo un carácter genérico y refiriéndose a un ámbito de actuación delimitado previamente.

La potestad de inspección pues, debido a su especial relevancia, ha de hallarse expresamente atribuida a las Administraciones por el Ordenamiento jurídico.

La función inspectora ha sido definida por la doctrina administrativista además, como una función claramente *preparatoria* de la decisión de los órganos administrativos activos o decisorios y, constituye una pieza muy importante para lograr el cumplimiento de la legalidad.

Toda función inspectora tiene dos vertientes, por un lado una función de vigilancia que con carácter preventivo procura el cumplimiento de la legislación y una actividad de constatación de los incumplimientos que se detecten con la consiguiente incoación de los expedientes correspondientes.

Además de la función de inspección que la Administración tiene atribuidas sobre materias de su competencia hay que señalar por otra parte que allí donde existan facultades de coordinación de la Administración, tendrá ésta además la potestad inspectora sobre esa coordinación consistente en vigilar el ejercicio de las actividades susceptibles de tal coordinación.

El sistema administrativo de sanciones configura la actividad material de inspección con la consecuente instrucción de los expe-

dientes como un todo formado por dos facetas de la misma función que es la competencia inspectora sobre una materia concreta.

El sujeto activo de la actividad de inspección es la Administración actuando a través de sus órganos competentes (agentes, inspectores, etc).

El ejercicio de la actividad de inspección requiere el desenvolvimiento de la potestad de *imperium* de la administración, por ello no puede delegarse en un sujeto privado.

La función de inspección se ejerce bien de oficio o bien por denuncia, partiendo de la existencia de potestades regladas y discrecionales. La inspección ha de incluirse entre la potestades regladas y nunca vinculada a la oportunidad, pues es la condición más fiable de la seguridad y tranquilidad del cumplimiento objetivo de las normas.

VIII. Inspección ambiental

La Ley 2/2002 de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid atribuye al Departamento autonómico competente en materia de medio ambiente o, en su caso, al Ayuntamiento correspondiente la inspección, vigilancia y control ambiental en los términos que se prevén en la propia Ley y en sus disposiciones desarrollo, así como en la legislación de régimen Local y disposiciones aplicables por razón de la materia [30].

En cualquier momento las autoridades locales podrán realizar inspecciones y comprobaciones que consideren precisas en relación con las actividades objeto de la Evaluación Ambiental de Actividades. A este efecto podrán solicitar asistencia del órgano autonómico competente en materia de medio ambiente para la realización de inspecciones que por sus características peculiares resulten de imposible o de muy difícil ejecución por el propio municipio.

Los funcionarios adscritos a los servicios de inspección ambiental de la Comunidad de Madrid tendrán a su cargo, la vigilancia e inspección de la ejecución de los planes, programas, proyectos y actividades sujetos a la Ley.

Estos funcionarios tienen la consideración de agentes de la autoridad teniendo acceso a los lugares e instalaciones donde se desarrollen actividades de su competencia previa identificación y sin necesidad de aviso previo [31].

[30] Ley 771985 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local; real decreto legislativo 781/1986 de 18 de abril que aprobó el Texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

[31] En situaciones especiales la autoridad ambiental podrá designar a otros funcionarios para el ejercicio de alguna de las funciones de vigilancia e inspección, a fin de que presten sus servicios como agentes de la autoridad.

Los inspectores pueden ir acompañados, para el desempeño de su función, de asesores técnicos debida mente autorizados e identificados por el titular del Centro Directivo a que pertenezcan los servicios de vigilancia e inspección [32].

IX. Documentos de inspección

El ejercicio de la potestad de inspección se materializa en documentos escritos denominados *Actas*.

Con carácter general podemos definir las Actas como documentos en los que se recogen determinados hechos, acuerdos o manifestaciones con el fin de obtener por ese procedimiento la prueba de los mismos.

Se entiende por Acta, tanto el documento de carácter privado, en el que con dicha condición, se pretende recoger cierta información, como los documentos redactados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones hasta el instrumento de carácter público otorgado por un notario o levantado dando fe de la sesión de un tribunal de Justicia. En su virtud las Actas pueden clasificarse como Actas de carácter privado o, de carácter público y dentro de estas habrá que distinguir a su vez las Actas notariales, las Actas administrativas, las Actas judiciales, etc. Las Actas pueden clasificarse asimismo como aquellas que recogen hechos o las que recogen acuerdos; las referentes a actos contenciosos o a actos que no lo son, etc.

Como principios generales que se refieren a todas las Actas señalaremos que, han de reflejar la verdad, su contenido no puede ser modificado sin el expreso consentimiento de los que en la misma intervinieron y en su redacción han de observarse los principios que las regulen.

Las Actas relativas a la inspección pueden incluirse entre las denominadas Actas de presencia que el artículo 199 del Reglamento Notarial de 1.862 definía diciendo que mediante ellas se acredita la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización.

Estos documentos constituyen antecedente imprescindible para que la inspección se entienda como correctamente realizada, aunque el contenido del Acta no necesariamente tiene garantizada su autenticidad, y el órgano que debe adoptar la resolución o decisión definitiva no se halla vinculado estrictamente por dicho contenido, dado que, frente al ejercicio de la potestad de inspección, los inspeccionados disponen de un completo cuadro de garantías que sirven de compensación a esta potestad.

[32] La condición de agentes de la autoridad es privativa de los funcionarios de inspección sin que los asesores puedan desempeñar sus funciones.

El contenido de las *Actas* sirve frecuentemente, para que el órgano competente para resolver, pueda adoptar medidas cautelares sin perjuicio de que la Resolución final sea en un sentido o en otro.

En nuestra opinión en el Ordenamiento español queda pendiente de desarrollo reglamentario la definición de *Acta* en materia de inspección ambiental y la regulación expresa de la potestad de expedición de las mismas con una descripción de su contenido mínimo.

De esta manera podría establecerse que los inspectores cuando observen actos que pudieran ser constitutivos de infracción, extenderán una *Acta* con expresión de los hechos y circunstancias relativos a la presunta infracción. Señalando que en dicho *Acta* habrían de expresarse, en todo caso, las medidas que se hubieran tomado cautelarmente, identificándose igualmente las medidas oportunas respecto al depósito, conservación o aseguramiento de los bienes cuyos gastos correrán a cargo del responsable de la infracción [33].

De dicho Acta se entregará copia al presunto infractor en el momento de su extensión, si fuera posible y en todo caso al notificarse la incoación de procedimiento.

Cuando con la actividad inspectora, se pretenda el descubrimiento de unos datos a efectos de utilizarlos como base para el desencadenamiento de efectos jurídicos, se plantea el problema de la validez que deba darse a los hechos conocidos como consecuencia de la actividad inspectora.

Lo habitual es que a las constataciones de datos derivados de una inspección se les atribuya una presunción de veracidad o *iuris tantum* que servirá para que la Administración desarrolle sus actividades sin perjuicio de lo que posteriormente resulte. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado la relevancia y valor probatorio aunque no determinante de las Actas. [34]

El artículo 51 de la Ley establece que el resultado de la vigilancia, inspección o control se consignará en el acta o documento público, que firmado por el funcionario con las formalidades exigidas gozará de presunción de veracidad y valor probatorio en cuanto a los hechos

[33] El artículo 53 de la Ley dispone que cuando haya riesgo grave para el medio ambiente o para la salud de las personas, el órgano ambiental competente ordenará, mediante resolución motivada, las medidas indispensables para su protección entre otras la suspensión inmediata de la actividad generadora del riesgo.

Estas medidas no tienen carácter sancionador y una vez tomadas se incoará expediente sancionador en el plazo máximo de quince días. Ver artículo 53 de la Ley.

[34] La jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido hace ya tiempo confirmó la teoría sobre la fuerza probatoria de las actas de inspección. Así entre otras las sentencias de 15 de abril de 1.961, sobre acta de liquidación de cuotas de mutualidad laboral; 8 de mayo de 1.961 sobre actas de liquidación de seguros sociales; 28 de febrero de 1.961 sobre presunción de certeza de las actas de la inspección de Hacienda.

consignados en el mismo, sin perjuicio de las demás pruebas, que los interesados puedan aportar en su defensa.

X. Infracciones y sanciones

El Título VI de la Ley contiene el apartado dedicado a la disciplina ambiental: las infracciones, las sanciones y el procedimiento sancionador.

Las infracciones a esta Ley se definen como las acciones y omisiones tipificadas en la misma, sin perjuicio de las responsabilidades de cualquier orden que pudieran derivarse de las mismas.

Las infracciones se clasifican en función de su gravedad en muy graves, graves y leves. La Ley establece la responsabilidad individual y mancomunada.

Son infracciones muy graves:

— El inicio o ejecución de obras, proyectos o actividades sujetos a Evaluación de Impacto ambiental sin haber obtenido declaración de Impacto positiva o incumpliendo las condiciones establecidas en la misma.
— El incumplimiento de las resoluciones de cierre o clausura de establecimientos, de suspensión de actividades, de adopción de medidas o de restauración del medio ambiente.
— El incumplimiento de las medidas provisionales y cautelares adoptadas por el órgano competente conforme a lo dispuesto en la Ley.
— La comisión de dos o más faltas graves en un periodo de dos años.

Infracciones graves:

— La aprobación de planes o programas incluidos en el anexo primero sin haber obtenido en Informe de Análisis Ambiental.
— El inicio o desarrollo de actividades sometidas a Evaluación Ambiental de Actividades sin obtener el Informe de Evaluación Ambiental positivo o incumpliendo las condiciones establecidas en el mismo.
— La ocultación, falseamiento o manipulación de datos o informaciones necesarias para cualquiera de los procedimientos ambientales previstos en la Ley.
— El incumplimiento de los Programas de vigilancia ambiental.

— No solicitar el pronunciamiento de la Administración a los que se refiere el artículo 5 de la Ley[35].
— La obstrucción a las labores de inspección, vigilancia y control de la Administración (ocultación de datos, falseamiento, manipulación, etc.).
— La descarga en el medio ambiente de productos o sustancias que pongan en peligro la salud humana.
— La comisión dos o más faltas leves en el periodo de dos años.

Son Infracciones leves:

— La adopción de medidas correctoras o restitutorias impuestas fuera del plazo concedido.
— La falta de colaboración en la práctica de inspecciones ambientales, cuando no esté prevista como infracción grave.
— Cualquiera otras que constituyan incumplimiento de disposiciones de la Ley.

Las infracciones previstas en la Ley prescriben en los siguientes plazos:

- Las muy graves a los tres años.
- Las graves a los dos años.
- Las Leves al año.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día den que la infracción se hubiese cometido.

Cuando se trate de infracciones continuadas, el plazo de prescripción comenzará a contar desde el momento de la finalización o cese de la acción u omisión que constituye la infracción.

La prescripción se interrumpe al iniciarse, con conocimiento del interesado, el procedimiento sancionador. El plazo de prescripción se reanuda si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al interesado[36].

La imposición de sanciones sigue, como es habitual en derecho sancionador, un sistema en función de la gravedad de la infracción. La sanción más utilizada es la económica materializada en la multa[37]. Junto con el cierre del establecimiento, suspensión total o parcial de

[35] El artículo 5 regula el estudio caso por caso que realizará el órgano autonómico competente en materia de medio ambiente.
[36] La prescripción de las infracciones no afecta a la obligación de solicitar autorizaciones, licencias o concesiones necesarias para la ejecución del proyecto, obra o actividad.
[37] El artículo 67 regula la vía de apremio como vía para exigir el importe de las multas.

la actividad, clausura definitiva, total o parcial del establecimiento y cese definitivo de la actividad.

La sanción de multa es compatible con el resto de las sanciones prevista por la Ley que dispone que en ningún caso la multa correspondiente será igual o inferior al beneficio que resulte de la comisión de la infracción, pudiendo incrementarse su cuantía hasta el doble del mismo.

Como medida sancionadora complementaria de carácter general, la Ley dispone que los sancionados por faltas graves o muy graves derivadas del incumplimiento de la normativa en materia de medio ambiente no podrán obtener subvenciones ni otro tipo de ayudas de la Comunidad de Madrid hasta que hayan transcurrido dos años desde que se hubiera cumplido íntegramente la sanción y ejecutado las medidas correctoras correspondientes.

También dispone como medida de ejemplaridad la publicidad a las sanciones impuestas una vez que sean firmes en vía administrativa, mediante la publicación del nombre de las personas físicas o jurídicas responsables, con indicación expresa de las infracciones cometidas[38].

Las sanciones deben guardar la debida proporcionalidad con la gravedad de la acción u omisión constitutiva de la infracción. La Ley manda que se gradúen con arreglo a los siguientes criterios:

— El riesgo o daño ocasionado, su repercusión y transcendencia social, el coste de restitución y o la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido, intencionalidad de la conducta y la reiteración o reincidencia en la comisión de infracciones al medio ambiente.
— La comisión de la infracción en las áreas especiales identificadas del anexo sexto de la ley.
— La adopción de medidas correctoras[39] que minimicen o resuelvan los efectos perjudiciales que sobre el medio ambiente deriven de la infracción.
— Las sanciones también prescriben, así las correspondientes a infracciones muy graves, a los cinco años, las impuestas por infracciones graves a los tres y las correspondientes a infracciones leves al año. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

[38] En el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
[39] Con antelación a la finalización del procedimiento sancionador y previo consentimiento del organismos competente en materia de medio ambiente de la Comunidad de Madrid.

— En los casos en que la misma conducta resulte sancionable con arreglo a la Ley y a otras normas de protección ambiental, se impondrá únicamente la sanción más grave de las que resulten aplicables, o a igual gravedad, la de superior cuantía, salvo que en ambas normas se tipifique la misma infracción.

Con independencia de la imposición de sanciones derivadas de la infracción cometida, la Ley impone la obligación de reparar los daños producidos en el medio ambiente y reponer los bienes al estado anterior a la comisión de la infracción. La resolución sancionadora debe reflejar expresamente esta obligación del infractor, determinando el contenido de la misma y el plazo para hacerla efectiva, pudiendo imponerse multas coercitivas para conminar a su cumplimiento y llevar a cabo la ejecución subsidiaria por cuanta del responsable.

Cuando se estime que los hechos objeto de la infracción pudieran ser constitutivos de ilícito penal, se dará conocimiento al órgano jurisdiccional competente o al Ministerio Fiscal y cuando exista identidad de sujeto, hechos y fundamento, entre la infracción administrativa y la penal, se acordará la suspensión del procedimiento[180] hasta que recaiga resolución judicial.

XI. Epílogo

En este trabajo hemos examinado el contenido de la Ley 2/2002 de Evaluación ambiental de la Comunidad de Madrid que supone por una lado un remate normativo en esta Comunidad Autónoma de esta técnica ambiental.

La evaluación del impacto ambiental se introdujo en España en 1986 como nueva y enérgica potestad administrativa de Derecho Ambiental convirtiéndose en el mejor instrumento de la acción preventiva en la preservación del entorno.

Con la adhesión a la Comunidad Europea el legislador español se vio obligado a incorporar directivas y objetivos emanados de la Política Ambiental Comunitaria y de los Organismos internacionales.

La normativa autonómica sectorial es la que más concretamente va ir recogiendo la preocupación por la evaluación ambiental en la toma de decisiones públicas y en este sentido la Ley estudiada en buen ejemplo de ello.

[180] El procedimiento sancionador está regulado en los artículos 70 a 73 de la Ley.

Bibliografía

Agencia de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, *Auditorías ambientales en la Comunidad de Madrid.* Madrid:1993.

Alonso García, *Derecho ambiental de la comunidad Europea.* Madrid: 1993.

Aranguera Pernas, Aurelio, *Auditoría medioambiental en la empresa.* Madrid: 1994.

La política ambiental comunitaria y el significado de la aprobación del Tratado de la Unión Europea para la misma *REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* núm. 140.

Belloch y de Miguel, *Estudio comparado de la organización administrativa del medio ambiente.* Madrid: 1979.

Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, *Manual de gestión ambiental y auditoría: sector artes gráficas.* Madrid :2000

Domper Ferrando, Javier, *El medio Ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas* Madrid: 1992.

Esteve Pardo, *Derecho del medio ambiente y Administración Local.* Madrid: 1996.

Fernández de Casadevante, *La protección del medio ambiente en Derecho internacional, derecho comunitario y Derecho español.* Vitoria: 1991.

Laorden Gil, Ángel y Villena Ugarte, Carmen, *Sistema de gestión medioambiental.* Ecoaudit comunitario.

Loperena Rota, *Los principios de Derecho ambiental.* Madrid 1998

López Bustos, *La organización administrativa del medio ambiente.* Madrid: 1992.

López, Ramón, Caracteres del derecho comunitario ambiental. *REVISTA ESPAÑOLA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* núm. 142.

Manteca Valdelande, Proyecto de Ley de control integrado de la contaminación. *LA LEY* núm. 5563 de 11.6.2002.

Manteca Valdelande, Víctor. *Presentación del la Ley de Control integrado de la Contaminación.* Madrid: La Ley 2002.

Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental.* Madrid: 1995.

Martín Mateo. *Tratado de Derecho Ambiental 3 vols.* Madrid: 1991, 1992 y 1997.

Perales, Miguel. *Derecho español del Medio ambiente.* Madrid 2000.

Ortega Álvarez y otros. *Lecciones de Derecho del medio ambiente.* Valladolid: 1998.

Pedernal Peces. *Europa y el medio ambiente.* Madrid: 1987.

Pomed Sánchez. La protección del medio ambiente como función estructural del estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competenciales. *REVISTA ESPAÑOLA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA* núm. 98.

PLAZOS MEDIOS DE FINALIZACIÓN EN LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO UBICADOS EN LA COMUNIDAD DE MADRID: REALIDAD *VERSUS* EXPECTATIVAS DE LOS USUARIOS

POR

JUAN JOSÉ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO

PROFESOR TITULAR DE SOCIOLOGÍA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

I. INTRODUCCIÓN

La capitalidad de Madrid propicia que en nuestra Comunidad estén ubicados dos Tribunales singulares: el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional. Por lo tanto, cualquier estudio sobre los órganos judiciales ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) tiene trascendencia nacional y, además, es un buen indicador de la calidad de funcionamiento de la Justicia en toda España.

Por otra parte, la CAM acaba de asumir las competencias en Justicia, por lo tanto, los datos y el análisis que aquí exponemos podrían utilizarse como contraste entre el antes y el después de estas transferencias.

El debate sobre cuáles son los mejores indicadores para conocer la calidad que está ofreciendo un servicio público está vigente y en el caso concreto de la Administración de Justicia estamos en plena gestación. No obstante, nadie duda que los plazos para alcanzar una

resolución judicial son uno de los factores esenciales a la hora de evaluar la calidad de la Justicia[1].

La dilación es el principal estigma de nuestra Administración de Justicia. La población española alcanza una mayoría inusual a la hora de señalar a los Tribunales de Justicia como excesivamente lentos. Así, el 82% de los españoles en el año 2000 y el 81% en el año 2002 mostraba su acuerdo con la siguiente afirmación: «La Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella» [2].

La situación alcanzada en las dos últimas décadas del Siglo XX se condensa en un frase repetida continuamente desde todos los ámbitos e instituciones, entre otras, el propio Tribunal Constitucional (TC) cuando ha dicho: «una justicia tardía equivale a una denegación de justicia» (Sentencias del TC de 13 de abril de 1983 y 14 de julio de 1981), o cuando expresaba: »debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso» (Sentencia del TC 67/1984, de 7 de junio).

En este trabajo no pretendemos ahondar en el rico debate jurídico sobre la dilación y los plazos razonables [3]. Pero, sí proponemos, en primer lugar, mostrar datos reales de las duraciones en un orden jurisdiccional cuya segunda instancia, en concreto, la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid ha sido constantemente señalada como un ejemplo de dilación sistemática. Y en segundo lugar, ofrecer la percepción y valoración de estas duraciones por parte de los principales colectivos de usuarios de la Justicia, abogados habitualmente ejercientes y ciudadanos que han acudido a la Justicia.

La combinación de estas tres perspectivas (datos de duración, valoración de los abogados y expectativas de los usuarios legos) nos ha de permitir matizar algunas de las aparentes verdades que circulan sobre este asunto de las duraciones y de las demandas de la sociedad sobre la Justicia.

Reconocemos que la segunda parte de este trabajo está alumbrada por la idea y el convencimiento de la bondad heurística que se

[1] *Vid.* García de la Cruz Herrero, J.J. (2002): «La satisfacción de los usuarios con la actividad de los Tribunales de Justicia», *Revista del Poder Judicial*, 66, Segundo Trimestre; *ídem* (2003): *Para medir la calidad de la Justicia (I): abogados*, Documento de Trabajo 3/2003, Fundación BBVA

[2] *vid.* Toharia, J.J. (2001): *Opinión Pública y Justicia.*, Madrid, CGPJ, 2001, e *ídem* (2003): *La imagen ciudadana de la Justicia*, FBVA, Documento de Trabajo 2/2003, Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia, Fundación BBVA.

[3] Objetivo que sí hemos intentado en otros trabajos, *Vid.* García de la Cruz Herrero, J.J (2002): *Tres propuestas para generar una pauta que permita estimar masivamente si hay dilación*, en Anuario de Derecho Procesal, año 2002.

deriva de considerar la actividad de la Justicia como un servicio público más [4].

Admitido, como proponemos aquí, que la Justicia es un servicio público, la opinión y la valoración que realizan los usuarios se convierte en una cuestión de primer orden [5]. De hecho, en los últimos años se está hablando de un nuevo escenario de la gestión pública en todo el mundo occidental [6]. En España este proceso de transformación de nuestra Administración Pública ha quedado condensado en el «Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos» elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas, un documento oficial que explicita esta visión de compromiso por la calidad mirando al ciudadano como un usuario a seducir [7].

En este nuevo escenario, la opinión, la valoración de los usuarios con los servicios utilizados, en nuestro caso los Tribunales de Justicia, es un referente imprescindible para los gestores del ámbito público [8]. Por lo tanto, este es el marco en el que hay que ubicar y entender los datos que se ofrecen en este trabajo. Sin duda, estamos ante una fuerte modificación de lo que se entiende como control democrático de la gestión, en este caso, de la Administración de Justicia [9].

II. Fuente y validez de los datos ofrecidos

Las Memorias del CGPJ, hasta el momento, no ofrecen datos de las duraciones procesales, por lo tanto, no contamos con cifras de duración oficiales. Ahora bien, sabemos que en estos últimos años se ha trabajado mucho en el refinamiento de las estadísticas judiciales por parte de algunas comunidades autónomas con las competencias transferidas. Sin embargo, este es un tema complejo y de gran enver-

[4] «Courts exist to serve the public, not to serve judges, court managers, or lawyers. Everything that mangers do are but means to an end and that end is service to the public», Edward B. McConnell, President Emeritus National Center for Statate Courts, USA. En esta misma línea habría que citar la recientemente aprobada Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia.

[5] *Vid.* Beltrán Villalva, M. (1996): «De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos» en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, INAP, núm. 5-6, pp. 5-16, concretamente y en este sentido, pág. 8.

[6] *Vid.* Olías de Lima Gete, B. (coord.) (2001): *La Nueva Gestión Pública*, Madrid, Pearson Educación.

[7] *Vid.* MAP (2000): *Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos*, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas.

[8] *Vid.* García de la Cruz Herrero (2002): *«La satisfacción...., ídem* (2003): *Para medir la calidad (I)..., op. cit.*.

[9] *Vid.* Sánchez Morón, M. (1991): *El control de las administraciones públicas*, Madrid, Espasa-Calpe.

gadura [10] que a finales del año 2002 todavía no está en condiciones de ofrecer datos directamente validos y fiables [11]. Por ello, al día de hoy, no hay ningún sistema más eficaz que las muestras estadísticamente representativas para conocer con fiabilidad la duración real de los asuntos judiciales [12].

Por las razones expuestas, en este trabajo vamos a utilizar datos sobre duraciones generados a partir de una muestra de asuntos. La investigación se realizó sobre todos los asuntos gestionados por el Turno de Oficio del Colegio de Abogados de Madrid que terminaron en el año 2000 (en concreto hasta el 31 de diciembre de ese año) en cualquier Tribunal ubicado en la Comunidad de Madrid [13]. Una muestra representativa, pero por ello mismo con márgenes de error y nivel de confianza conocidos. Dado el tamaño muestral, mil cien asuntos, los plazos elaborados son globalmente fiables [14].

El intervalo que hemos considerado para determinar lo que ha durado cada asunto es el que transcurre entre la fecha de entrada del asunto hasta la fecha de la sentencia, en el caso del Gráfico 1, y de auto y sentencia respectivamente en los siguientes gráficos.

También queremos hacer algunas matizaciones sobre la presentación de los datos obtenidos. Las duraciones procesales en cualquiera de los Tribunales observados son variadas, esto es, que tienen un reco-

[10] Los sistemas informáticos que tienen que reflejar la situación de cada procedimiento judicial se topan con muchas dificultades técnicas, judiciales y siempre necesitan de la colaboración de una cadena humana que debe, a su vez, estar adecuadamente formada para alimentar correctamente al sistema.

[11] El primer trabajo serio explotando los sistemas informáticos ha sido elaborado por el profesor Santos Pastor y el grupo de investigación al que pertenece. Tal como los autores reconocen «en unos años puede llegar a ser una herramienta de potencia incomparable y manejo relativamente fácil respecto con cualquier alternativa...», en cualquier caso, el trabajo no ha sido publicado, y aunque espero y deseo que se haga, la versión que yo tengo es un borrador que seguramente los autores mejorarán y por lo tanto no puedo utilizar. En cualquier caso, el contraste con los datos que exponemos confirma la capacidad y validez de las muestras para investigar las duraciones procesales.

[12] La elaboración de datos mediante muestras adecuadas y constantemente renovadas es un sistema que ha mostrado mayor eficacia, validez y fiabilidad que los recuentos sistemáticos de todos los sucesos, en esta línea puede verse todo el trabajo que realiza el Instituto Nacional de Estadística basado en muestras. Entre otros, el famoso IPC o la no menos famosa EPA (Encuesta de Población Activa).

[13] La investigación fue dirigida por García de la Cruz Herrero, J. J., el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) publicó un Informe bajo el título: «La duración de los procedimientos judiciales», ICAM, 2001. Serie Estudios, núm. 1.

[14] A modo de síntesis de la Ficha Técnica del trabajo apuntamos las siguientes características: Se han estudiado 1.100 asuntos contencioso-administrativo terminados por los tribunales ubicados en la Comunidad Autónoma de Madrid a lo largo del año 2000. El tipo de asunto, el tribunal encargado y la duración de cada uno de los mil cien asuntos se han extraído de la base del Turno de Oficio del ICAM. El error muestral que corresponde a los datos referidos al total de los mil cien asuntos, aplicando los criterios del muestreo aleatorio simple, para un nivel de confianza del 95,5% (dos sigmas) y en la hipótesis más desfavorable (p=q=50), el error para el total de los asuntos contencioso-administrativos sería de ± 3%.

rrido bastante amplio. En muchas ocasiones la diferencia en el plazo de resolución de un mismo tipo de proceso es de años, incluso en asuntos vistos por el mismo Tribunal, en la misma Sala o la misma Sección.

Ante una variedad de plazos tan amplia hemos decidido utilizar un sólo indicador que nos permitiera comparar las duraciones entre distintos Tribunales y procedimientos: la media aritmética. Ahora bien, como hemos expuesto detalladamente en otros trabajos, la media aritmética como descriptor de los plazos procesales tiene virtudes e inconvenientes [15]. La media aritmética es un parámetro estadístico de tendencia central cuyo fin es resumir en un solo guarismo todo un conjunto de cifras variadas, en nuestro caso, los distintos plazos procesales de un procedimiento de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en determinado tipo de Tribunal. Por lo tanto, la media aritmética es una medida de descripción central que es muy representativa cuando la distribución total de los elementos considerados no es extraña, esto es, que no se aleja de la *distribución normal* [16].

En este sentido, la media aritmética de los plazos de resolución es un buen descriptor de lo ocurre en los Juzgados de lo Contencioso. En estos Tribunales la media ha sido de 197 días, una cifra muy representativa de lo ocurría con los asuntos que ingresaban en los Juzgados de lo Contencioso ubicados en la CAM a principios del año 2001. Algo semejante, aunque en el otro extremo, ocurre con la media en los asuntos del Tribunal Supremo, la media aritmética era de 1280 (tres años y medio), efectivamente esta Sala no ha resuelto ningún asunto en menos de dos años, un 15% entre dos años y dos años y medio, un 30% entorno a esa media, y el resto por encima [17].

Sin embargo, la media no se muestra tan buen descriptor en los procesos que ingresan en el Tribunal Superior. Precisamente por ello y como complemento para realizar el análisis, junto a la media aritmética iremos ofreciendo el recorrido, esto es, los plazos

[15] Vid. García de la Cruz (2001): Las duraciones... op. cit., e ídem (2002): Tres propuestas para..., op.cit..

[16] Nos referimos a la forma de la distribución de una variable. En los análisis estadísticos la denominada *distribución normal* es un modelo que se emplea para el estudio de muchas distribuciones empíricas. Nos referimos a una distribución campaniforme y simétrica, es un modelo obtenido por Gauss y Laplace al estudiar los errores de medida.

[17] La media aritmética es representativa aunque la distribución de los plazos procesales en ningún caso se asemejan a la distribución normal, siempre son distribuciones asimétricas. Y, en muchas ocasiones, ni siquiera campaniformes, se pueden ver algunas de estas forma en: García de la Cruz Herrero (2003): «*Duraciones procesales en los Tribunales Civiles*», Anuario de Derecho Civil 2003, fascículo I.

[18] Siempre según nuestra muestra.

mínimos y máximos en los que suele resolverse un procedimiento en cada Tribunal [18]. En concreto, el recorrido que ofrecemos es el resultado de la diferencia entre la media de los dos primeros centiles, cifra que asumiremos como el mínimo tiempo procesal, y de los dos últimos centiles, que configurará el máximo tiempo procesal [19].

III. Comparativa entre las cuatro jurisdicciones

Antes de abordar monográficamente la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo hemos querido ofrecer, mediante el Gráfico 1, la posibilidad de comparar los plazos medios para obtener una sentencia en las cuatro jurisdicciones [20].

En el Gráfico 1 el primer tramo en cada fila alude al plazo en la primera instancia (por ejemplo, los asuntos penales, instrucción incluida, tardan 496 días de media en la CAM); el tramo central refleja el plazo en la segunda instancia [21]. Y finalmente, el tercer tramo, a las duraciones en casación.

Al mirar el Gráfico 1 se observa que a uno de enero del año 2001 los plazos medios de resolución de los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo en la CAM no son los peores, ni en la primera instancia, ni el Tribunal Supremo. Sin duda, estos datos rompen alguno de los estereotipos que existen sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

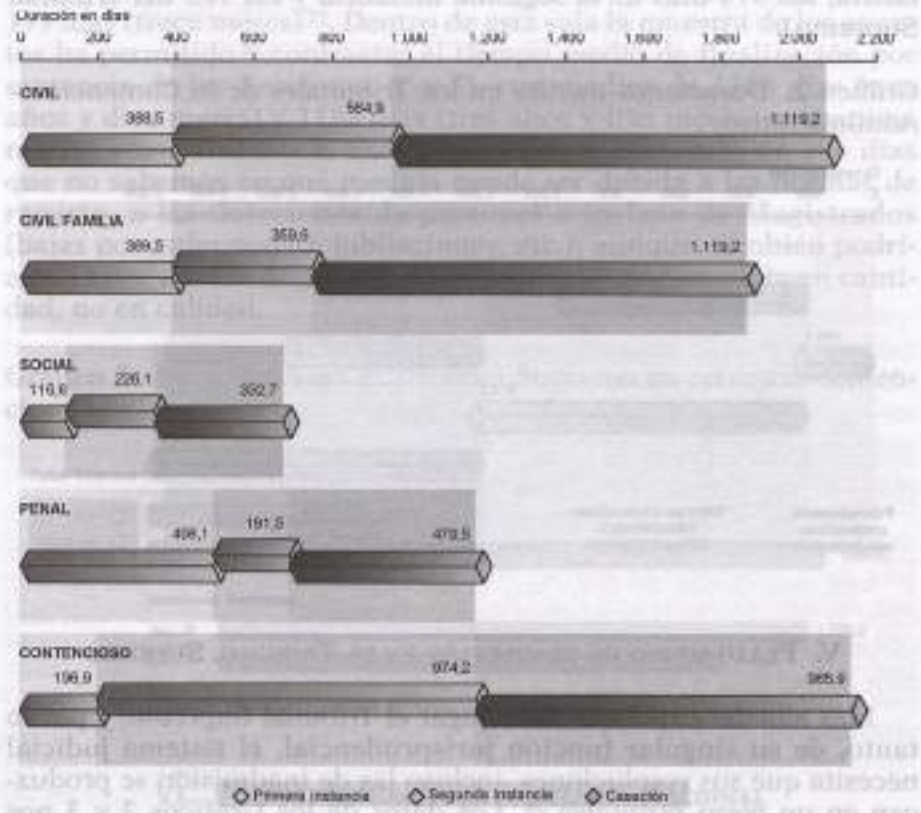
Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid que con 974 días de media para alcanzar una sentencia supera, incluso, al propio Tribunal Supremo.

[18] La utilización de la media de los dos primeros y dos últimos centiles respectivamente como mínimo y máximo amortigua, pondera, el recorrido en aquellos procesos donde existe algún caso cuya duración es auténticamente un caso extraño, para más detalles, *vid*: García de la Cruz (2001): *Las duraciones... op. cit.*

[19] En civil el dato de la primera instancia es producto de la media aritmética de las duraciones de los procesos cognitivos, ejecutivos y menor cuantía. En civil familia la cifra utilizada acumula la media de los divorcios contenciosos y modificación de medidas. En social utilizamos la media de todos los procedimientos. En penal se ha seleccionado la duración de los procedimientos abreviados vistos en los Juzgados Penales y la apelación en la Audiencia Provincial. Finalmente, en contencioso-administrativo hemos utilizado la duración media en los nuevos Juzgados de lo Contencioso para la primera instancia, el tiempo medio en los recursos en el Tribunal Superior de Madrid para la segunda instancia y la duración de la casación en el Tribunal Supremo.

[20] Por supuesto, tanto en penal como en contencioso-administrativo hay asuntos que entran directamente en Audiencia Provincial, al Tribunal Superior, a la Audiencia Nacional o al Tribunal Supremo, en este caso actúan como primera instancia, pero, aún así, hemos seguido manteniendo las etiquetas globales que los señalan como primera y segunda instancia o casación.

Gráfico 1. Duraciones medias comparadas (en asuntos terminados por sentencia) [22].



IV. Duraciones medias acumuladas por un proceso contencioso-administrativo [23]

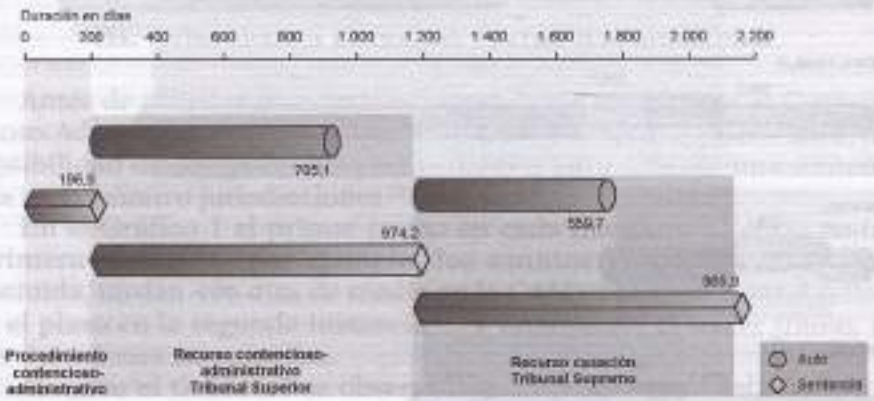
En el Gráfico 2 se pueden ver las duraciones medias, según tipo de resolución (sentencia o auto), a las que se aventuraba un usuario en el año 2000. El gráfico es bastante explícito, y el contraste entre la primera instancia y el resto es tan grande que no parece que estemos ni en la misma jurisdicción, ni siquiera en el mismo

[22] Este gráfico es una réplica con distinto formato del que aparece en «La duración de los procedimientos judiciales», ICAM, 2001, pág. 11.

[23] Todos los datos sobre duraciones procesales que vamos a exponer son de García de la Cruz Herrero (2001): «*La duración...*, *op. cit.*».

país. Así, el plazo medio acumulado para alcanzar una sentencia en casación sería de seis años (sumando 197 días de la primera instancia, los 974 días de la segunda instancia y los 965 del Tribunal Supremo).

Gráfico 2. Duraciones medias en los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo.



V. Plazo medio de resolución en el Tribunal Supremo

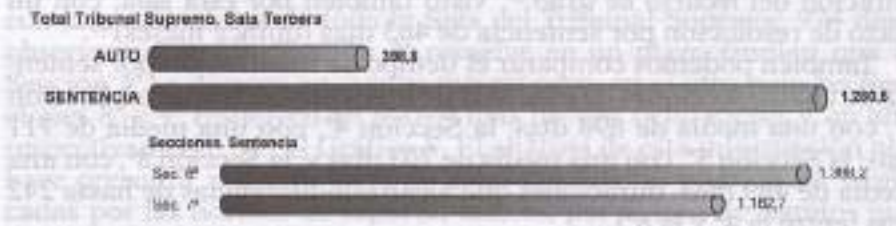
Más allá del papel que debe jugar el Tribunal Supremo, y por lo tanto, de su singular función jurisprudencial, el sistema judicial necesita que sus resoluciones, incluso las de inadmisión se produzcan en un *plazo razonable* [24]. Los datos de los Gráficos 2 y 3 nos apuntan un panorama preocupante. Los *recursos de casación* en la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo tienen un plazo medio para obtener una sentencia de 966 días (dos años y ocho meses), Gráfico 2. Y si es una finalización por auto la duración es de 560 días (un año y seis meses). La horquilla temporal en la que se resuelven los *recursos de casación* oscila entre el año y medio y los cuatro años [25].

[24] El concepto de plazo razonable es muy utilizado en los procesos ante el TC sobre dilación indebida, no obstante, nosotros hemos detallado nuestra propuesta para generar un patrón de lo que es un plazo razonable, *vid.* García de la Cruz (2002): *Tres propuestas..., op.cit.*.

[25] La horquilla temporal hace referencia al concepto de amplitud: diferencia entre el valor máximo y mínimo obtenido. Como hemos comentado, en esta investigación se han utilizado como valores máximo y mínimo respectivamente la media aritmética de los dos primeros y dos últimos centiles. La razón fue evitar tomar como mínimo o máximo casos estadísticamente extraños.

La duración media de los *recursos de contencioso-administrativo* en esta Sala del Tribunal Supremo, Gráfico 3, es de 1280 días (tres años y medio) [26]. Las finalizaciones por auto tardan como media 399 días (trece meses) [27]. Dentro de esta sala la muestra de los asuntos ha permitido [28] contrastar el tiempo medio de finalización por sentencia de las Secciones 6ª y 7ª, con medias de 1388 días (tres años y diez meses) y 1182 días (tres años y tres meses) respectivamente, véase Gráfico 3. Estamos ante una diferencia de 206 días que no sabemos en qué medida puede ser debida a las normas de reparto, a las dotaciones de personal o incluso de Magistrados (bajas por enfermedad, jubilaciones, etc.), aunque, también podríamos estar ante la diferencia en la productividad, medida en cantidad, no en calidad.

Gráfico 3. Duraciones en el Tribunal Supremo en recursos Contencioso-administrativo.



VI. Plazos medios en la Audiencia Nacional

En este Tribunal el *recurso Contencioso-administrativo* es resuelto por sentencia en un plazo medio de 611 días (un año y ocho meses).

[26] Nos referimos a los recursos que procesalmente corresponden al Tribunal Supremo directamente.

[27] Esta diferencia en la resolución por auto y sentencia no ocurre en todos los Tribunales. No tenemos información sobre ello, pero a la luz de estos datos suponemos que en este caso sí hay un estudio previo de los asuntos ingresados.

[28] En la práctica sólo se ofrecen datos de las secciones que en la muestra han tenido un número de asuntos suficiente para su manipulación estadística, en este caso, el calculo de una media aritmética propia para cada sección. Por supuesto, nos gustaría haber podido ofrecer los plazos medios de todas las secciones. No obstante, el objetivo no es señalar a una u otra sección con mejor o peor plazo medio, lo que buscamos es resaltar que existen diferencias entre órganos judiciales diferentes, aunque, las causas pueden ser múltiples y muchas de ellas ajenas a los Jueces o, incluso, a la propia Administración de Justicia, en este sentido *vid.* García de la Cruz (2001): *La duración..., op. cit.*.

Curiosamente el tiempo de resolución de los asuntos terminados por auto es algo mayor 676 días (un año y diez meses), véase el Gráfico 4.

Gráfico 4. Duraciones en la Audiencia Nacional.

Los datos de la muestra han tolerado analizar por secciones la duración del *recurso de asilo* [29], visto también por esta sala, con un plazo de resolución por sentencia de 463 días (quince meses) [30].

También podemos comparar el tiempo de finalización por sentencia de cuatro secciones de esta Sala de la Audiencia Nacional: Sección 1ª, con una media de 698 días; la Sección 4ª, con una media de 711 días; la Sección 5ª, con una media de 703 días y; la Sección 8ª, con una media de 469 días, duraciones que alcanzan diferencias de hasta 242 días (entre la 4ª y la 8ª).

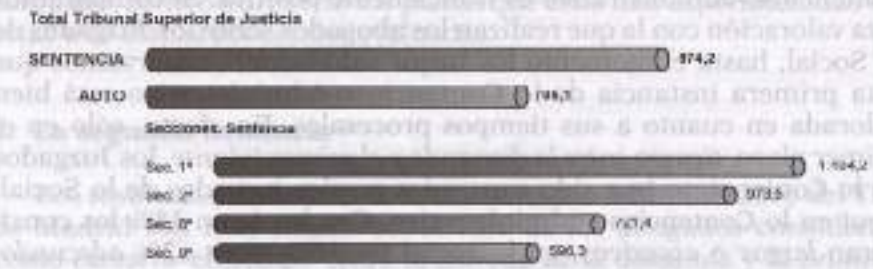
VII. Plazos medios en el Tribunal Superior

El tiempo medio en dictar sentencia en *un recurso contencioso-administrativo* por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid ha sido de 974 días (dos años y ocho meses), en el caso de finalización por auto la media era de 705 días (un año y once meses), ver Gráfico 5. La duración mínima de los asuntos que terminan por sentencia era de 246 días (ocho meses) y la máxima, en nuestra muestra, 1593 días (cuatro años y cinco meses), estamos ante un recorrido (diferencias entre las duraciones máxima y mínima) de tres años y ocho meses.

[29] Recordamos que la muestra se extrajo del Turno de Oficio de ICAM, por lo tanto, están más representados los procedimientos de usuarios amparados por la Justicia Gratuita, el recurso de asilo es uno de ellos.

[30] Se observa que la media global es muy inferior a la de las secciones 1ª, 4ª y 5ª, esta aparente contradicción se explica al recordar que la media global incluye duraciones de otras secciones que no figuran en el Gráfico 4 por no contar con suficientes asuntos para calcular una media aritmética de cada una de ellas.

Gráfico 5. Duraciones en el Tribunal Superior. Sala de lo contencioso-administrativo.



En este Sala la muestra ha permitido (hay suficientes casos) contrastar las duraciones de cuatro secciones: Sección 1ª, con 1104 días (tres años); la Sección 2ª, con 973 días (dos años y ocho meses); la Sección 8ª, con 721 días (dos años); y la Sección 9ª, con 596 días (un año y siete meses). Si comparamos los tiempos de cada una de ellas con la media global de toda la Sala del Tribunal Superior, 974 días, observamos que la Sección 2ª resuelve en un plazo similar; que la Sección 1ª se demora en cuatro meses; pero, en el otro polo las Secciones 8ª y 9ª resuelven en plazos más breves: ocho meses y un año respectivamente, ver el Gráfico 5. El análisis de esta información nos hace presumir que una parte de estas diferencias podrían ser explicadas por las normas de reparto, esto es, por el tipo de asuntos que lleva cada sección, que en el caso de la 8ª y 9ª incluye *Derechos Fundamentales*, lo que conlleva que una porción del total de sus asuntos repartidos a estas dos secciones deban ser tratados por vías procesales de urgencia.

VIII. Percepción de las duraciones por parte de los abogados [31]

1. La primera instancia

Hemos expuesto los datos sobre duraciones, ahora vamos a ver cómo perciben y valoran esos plazos el colectivo de abogados habi-

[31] Los datos que mostramos han sido confeccionados a partir de la Encuesta a usuarios de la Justicia elaborado por el CGPJ en el año 2001, con una muestra nacional de abogados. Investigación que continúa una línea de trabajo comenzada en el año 1999 (Toharia, J.J y García de la Cruz, J.J.:1999.«Funcionamiento de los Tribunales de Justicia», OTROSÍ, noviembre 1999, núm. 9, 3ª época: 18-36) y que en la actualidad, finales del año 2002, estamos ampliando y profundizando a través del apoyo de la FBBVA: «Foro sobre la reforma y la Gestión la Justicia».

tualmente litigantes en Tribunales [32]. Tal como muestra el Cuadro 1, la consideración de la duración procesal en la primera instancia de lo contencioso-administrativo es francamente positiva. Si comparamos esta valoración con la que realizan los abogados sobre los Juzgados de lo Social, hasta el momento los mejor valorados [33], observamos que esta primera instancia de lo Contencioso-Administrativo está bien valorada en cuanto a sus tiempos procesales. En efecto, sólo en el primer plazo, *tiempo entre la demanda y el primer trámite*, los Juzgados de lo Contencioso han sido superados por los juzgados de lo Social. Aquí en lo Contencioso-administrativo, Cuadro 1, un 38% los consideran *largos* o *excesivos*, en lo social un 30%; y un 62% *adecuado*, *corto* o *muy corto*, mientras que lo social el apoyo alcanza un 70%.

En referencia al segundo plazo en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, *fecha de citación para el juicio y señalamiento del mismo*, un 28% lo califican como *largo* o *excesivo* y un 54% *adecuado*, un 12% *corto*, y un 6% *muy corto*. Finalmente, *el tiempo de espera para obtener la sentencia desde el día del juicio*, lo consideran *largo* o *excesivo* el 22% y *adecuado* el 62%, *corto* el 12% y *muy corto* el 4%, Cuadro 1.

CUADRO 1

En su experiencia, ¿diría Ud. Que, en general, es excesivo, más bien largo, razonable, más bien corto o muy corto el tiempo medio que suele transcurrir entre...
(% de abogados que opinan de ese modo)

	Excesivo	Largo	Adecuado	Corto	Muy corto
— La entrada de la Demanda en el Juzgado y la práctica de la primera actuación procesal (señalamiento a juicio, traslado a la parte contraria o citación para comparecer)	2	36	38	14	10
— La fecha de la citación para Juicio y el señalamiento del mismo	6	22	54	12	6
— Entre el juicio y la notificación de la Sentencia	8	14	62	14	4

García de la Cruz Herrero, Encuesta a Usuarios de la Justicia, CGPJ, 2001

[32] En las encuestas a los abogados hemos generado un filtro para distinguir entre abogado habitualmente litigante y el resto. Para ser entrevistado y considerado como litigante el abogado ha tenido que llevar al menos 25 asuntos ante los Tribunales en el último año.
[33] *Vid.* Toharia y García de la Cruz (1999): *Funcionamiento..., op. cit.* y García de la Cruz (2003): *Para medir la calidad (I)..., op. cit.*.

De este modo, la mayoría de los abogados habitualmente litigantes en la jurisdicción de lo contencioso-administrativo han considerado *adecuado*, *corto* o *muy corto* los plazos que ellos han experimentado en estas tres etapas procesales evaluadas.

2. La segunda instancia [34]

Los resultados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid son muy negativos: el 70% de los abogados consideran como *excesivo* el tiempo entre la *entrada de la demanda y la primera actuación procesal*. Dicho de otro modo, sólo un 20% estiman que este intervalo es el *adecuado*, *corto* o *muy corto*. Esta última opinión encuentra su explicación en que no todas las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ están igual de colapsadas, unas tienen plazos de reacción menos lentos que otras.

En el segundo plazo, *entre la fecha de la citación para Juicio y el señalamiento del mismo*, un 72% lo considera *lento* o *excesivamente lento*, y un 19% lo encuentra *adecuado* o *corto*. Finalmente, la tercera fase, *entre la fecha de sentencia y su notificación*, un 52% considera que es *larga* o *excesiva*, un 26% *adecuada*, e incluso un 12% *corta* o *muy corta*.

Parece que el reproche es menos unánime respecto a la última etapa evaluada, no obstante, es preocupante que un 52% critiquen un actividad meramente burocrática, un proceso de altísima sencillez como es la comunicación a las partes de una resolución ya tomada y firmada. Desde una perspectiva organizativa la demora en esta comunicación, que sí creemos que existe, podría ser síntoma de una especie de desidia institucional provocada por el monumental atasco de los asuntos judiciales en este Tribunal. Nos referimos a algo que podría sintetizarse en la siguiente frase: ¿Qué importa retrasarse en la comunicación de una sentencia uno o dos meses cuando han estado esperando años para obtener la resolución?

IX. ¿Quién es responsable de la dilación?

El Cuadro 3 ofrece el grado de responsabilidad sobre las demoras procesales de nueve entidades distintas (Jueces, Secretarios, Oficinas

[34] En el ámbito de lo Contencioso-Administrativo la distinción entre primera y segunda instancia es menos precisa que otras jurisdicciones. Esto es, que hay procedimientos cuya primera instancia es el Audiencia Nacional, el Tribunal Superior, e incluso, el Tribunal Supremo.

CUADRO 2					
En su experiencia, en los asuntos que llevan la SALA DE LO CONTENCIOSO DEL TRIBUNAL SUPERIOR, ¿diría Ud. Que, en general, es excesivo, más bien largo, razonable, más bien corto o muy corto el tiempo medio que suele transcurrir entre... (% de abogados que opinan de ese modo)					
	Excesivo	Largo	Adecuado	Corto	Muy corto
— La entrada de la Demanda en el Juzgado y la práctica de la primera actuación procesal	38	32	16	2	2
— La fecha de la citación para Juicio y el señalamiento del mismo	46	26	14	4	0
— Entre la fecha de sentencia y su notificación	24	28	26	8	4

García de la Cruz Herrero, Encuesta a Usuarios de la Justicia, CGPJ, 2001

Judiciales, Tribunales Superiores, etc.). Los resultados se exponen según el ámbito en el que más trabaja cada abogado entrevistado. A la vista de los datos del Cuadro 3 se puede decir que hay unanimidad en que los máximos responsables de la dilación a juicio de los letrados son: en primer lugar y destacado el Ministerio de Justicia, con una media superior a 7 puntos para todos los especialistas menos los laboralistas; en segundo lugar los Jueces y Magistrados; en tercer lugar el Tribunal Supremo.

X. Los usuarios legos ante las duraciones procesales

1. Las expectativas: demora excesiva para los usuarios

En el año 2001 el CGPJ realizó una encuesta a usuarios legos en la que indagó en el tema de las duraciones procesales desde dos ángulos[35]. En primer lugar, se les preguntó cuánto tiempo había transcurrido desde que su asunto llegó al ámbito judicial. Cuestión que fue complementada con una segunda pregunta en la que se les consultó si este tiempo les parecía excesivo o no. La novedad se produce al combinar

[35] Vid. García de la Cruz Herrero (2002): «La satisfacción de los usuarios..., op. cit.

CUADRO 3								
Hoy en día está muy extendida la apreciación de una Justicia lenta y colapsada. En su opinión esta demora de la Justicia en qué medida es responsabilidad de cada uno de los siguientes componentes... (Exprese su valoración en una escala del 0 al 10, donde cero indica sin responsabilidad y 10 totalmente responsable)								
	Abogados laboralistas		Abogados penalistas		Abogados de civil		Abogados Cont. Adm.	
	Años		Años		Años		Años	
	2001	***2002***	**2001**	***2002***	**2001**	***2002***	**2001**	***2002***
Jueces o Magistrados	6.20	*6.12*	5.70	*5.96*	6.26	*6.05*	5.90	*5.88*
Secretarios	5.22	*5.43*	5.42	*5.36*	5.66	*5.50*	5.46	*5.41*
Oficina Judicial	5.12	*5.53*	5.62	*5.55*	5.72	*5.80*	4.96	*5.35*
Tribunales Superiores o Audiencias Provinciales	5.79	*5.92*	5.86	*5.25*	5.59	*5.54*	5.59	*5.76*
Tribunal Supremo	6.00	*6.03*	5.95	*5.68*	6.40	*5.61*	6.22	*5.64*
Leyes procesales	4.04	*4.99*	5.44	*5.16*	4.92	*4.81*	4.55	*3.94*
De los abogados		*3.74*		*3.29*		*3.33*		*3.32*
CGPJ en su gestión	5.49	*5.69*	5.41	*5.66*	5.74	*5.36*	5.03	*5.32*
Ministerio de Justicia[36]	6.72	***6.99***	7.61	***7.63***	7.20	***7.67***	6.77	***7.78***

* García de la Cruz Herrero, 2003

los dos datos, por un lado, una duración real hasta ese momento procesal en el que realizamos la encuesta[37], y por el otro, obtenemos a través de su valoración en una escala de cuatro puntos (*poco tiempo, normal, mas de lo razonable, excesivo*) su umbral de expectativas y exigencias respecto a las duraciones de un proceso judicial.

[36] En el año 2002 una parte importante de las competencias del Mº de Justicia han sido asumidas por las Comunidades Autónomas (ocho transferencias hasta el momento), por lo tanto, en la medida que la crítica se dirija a la infraestructuras y las competencias estén transferidas hace varios años habría que pensar en una responsabilidad compartida.

[37] Hay que tener en cuenta que los usuarios entrevistados lo han sido a la salida de un juicio o vista oral, ahora bien, no es lo mismo, por supuesto, un juicio de faltas que un Juicio Penal que acumula un proceso de instrucción normalmente largo, ni ser la víctima, un testigo o el imputado.

Es evidente que no estamos ante una escala testada y con validez probada[38]. Ahora bien, es una propuesta que nos ayuda a calibrar el plazo de tiempo procesal a partir del cual la mayoría de los usuarios empiezan a considerar que el asunto se está demorando de manera excesiva. Todo ello más allá de la normativa procesal vigente o de los problemas de gestión organizativa.

CUADRO 4

El plazo de tiempo que ha transcurrido desde que se inició el procedimiento hasta ahora, le parece a usted que ha sido un plazo[39]

	A	B	A+B	C	D
	Poco tiempo	Normal	Normal más poco tiempo	Más de lo razonable	Excesivo
Porcentaje medio global	9	35	44	20	32
Según tiempo desde el inicio:					
— Un mes o menos	55	29	84	12	0
— Entre uno y 3 meses	20	58	78	16	6
— Entre 4 y 6 meses	6	58	64	19	16
— Entre 7 mese y un año	5	40	45	27	28
— Entre 1 y 2 años	2	19	22	29	48
— 2 años o más pero menos de 3	0	10	10	16	74
— 3 años o más pero menos de 4	0	12	12	19	69
— 4 años o más pero menos de 5	0	13	13	6	81
— 5 años o más	0	7	7	4	85

García de la Cruz Herrero, J. J. Encuesta a Usuarios de la Justicia Españoles, CGPJ, año 2001.

[38] El concepto de escala en ciencias sociales tiene rasgos de patrón de medida que en nuestro caso no están comprobados, sobre la construcción de escalas estimamos que sigue vigente lo que expusieron los pioneros, en castellano *vid.* Wainerman, G.H. (Compil.), (1976): *Escalas de medición en ciencias sociales*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.

[39] Los datos de la Encuesta a Usuarios 2001 (García de la Cruz (2002): *La satisfacción de los usuarios...*, *op.cit*) coinciden con los obtenidos en la Encuesta a Población General del año 2002 (Toharia, (2003): La imagen ciudadana de la Justicia, FBVA, Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia, Documento de Trabajo 2/2003), donde se preguntaba sobre plazos a la población que había sido usuario de la Justicia en los últimos años. Un 54% consi-

El Cuadro 4 nos ofrece el porcentaje de usuarios que en cada uno de los intervalos de tiempo considerados, columna primera, valoran que la duración ha sido *poca*, *normal*, *más de lo razonable* o *excesiva*[40].

Los porcentajes de la última columna del Cuadro 4 (D) nos permiten ir conociendo con qué probabilidad un asunto judicial será considerado por los protagonistas como un plazo de tiempo *excesivo*. Así, observamos que una duración entre un año y dos es considerada como *excesiva* por un 48% de los usuarios. Y a partir de los dos años son un 77% de los usuarios los piensan que es una demora *excesiva*. Por lo tanto, sabemos que un 48% de los ciudadano implicados en asuntos que duren entre un año y dos consideran que ese plazo es *excesivo*. Y esta cifra se eleva hasta el 77% de los usuarios en aquellos asuntos que se alargan más de dos años.

A la luz del Cuadro 4 se puede decir que la duración procesal a partir de la cual un porcentaje importante de los usuarios considerarán que el asunto se está demorando está en el año. Entre uno y dos años el 48% de los usuarios piensa que ha sido una duración *excesiva*. A partir de los dos años son el 77% los que la consideran *excesiva*. De esta manera, hemos obtenido una estimación del umbral, del plazo de duración, en el que un porcentaje importante de los usuarios de la Justicia empiezan a estar realmente molestos con la demora acumulada.

Al principio de este trabajo realizamos una referencia a las «aparentes verdades que circulan sobre este asunto de las duraciones y de las demandas de sociedad sobre la Justicia». En este sentido el Cuadro 4 nos demuestra que los usuarios de la Justicia no están presionando a los Tribunales para que sean especialmente rápidos. De manera sorprendente, muchos de ellos llegan a comprender, a calificar como normales duraciones realmente largas, entre tres y cuatro años, entre cuatro y cinco, o más de cinco años[41]. En este sentido es donde pen-

deraba que la duración había sido «demasiado tiempo» (categoría que abarca «más de lo razonable» y «excesivo», que suman en el Cuadro 4 un 52%); un 32% un «tiempo razonable», que se equipara al 35% del «normal» del Cuadro 4; y finalmente, un 10% han declarado «más bien poco tiempo», que es la categoría similar a «poco tiempo», un 9% del Cuadro 3.

[40] Desde un punto de vista procesal la pregunta y el cuadro acumulan, suman, procesos distintos, y por lo tanto, no sabemos en qué medida se puede o no hacer esto. Sinceramente, no creemos que un ciudadano involucrado en un divorcio contencioso tenga la misma expectativa sobre el plazo para obtener la resolución final que cuando está sumergido en un juicio de faltas. Ahora bien, aún así, desde la perspectiva social sí creemos que se pueden agregar. Conviene recordar que el objeto de la pregunta es conocer, acercarse, al plazo que un usuario lego considera que es razonable o excesivo cuando solicita los servicios de la Administración de Justicia, más allá de las complejidades procesales, de la dotación de plantilla judicial existente, de la carga de trabajo de cada órgano o si el sistema de sustituciones de titulares o funcionarios funciona más o menos bien.

[41] Una vez más, los usuarios de la Justicia muestran un gran equilibrio y mesura en su calificaciones, si observamos el Cuadro 4, nos damos cuenta que en duraciones realmente largas, entre tres y cuatro años, entre cuatro y cinco, o más de cinco años, hay un porcentaje de usuarios que comprenden la dilación y califican la duración como normal.

samos que se han configurado falsos mitos sobre la demanda de la ciudadanía, que por supuesto aprecia que un asunto no se demore, pero que mayoritariamente no empieza a ser claramente crítica hasta que las duraciones sobrepasan los dos años.

2. De las expectativas al número de potenciales usuarios descontentos

Una vez establecido el plazo en el que la mayoría de los usuarios empieza a considerar que la demora es excesiva, Cuadro 4, también podremos apuntar la magnitud de asuntos cuya duración podría ser considerada como indebida a juicio de los usuarios[42].

Pues bien, si combinamos los plazos medios procesales expuestos en la primera parte de este trabajo con el porcentaje de usuarios que opinan que es *excesiva* determinada duración, Cuadro 4, estaríamos en condiciones de apuntar la proporción de ciudadanos descontentos con los plazos procesales en los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

El Cuadro 5 combina estos datos. En primer lugar, tenemos el porcentaje de asuntos que se ha resuelto en cada intervalo de tiempo (columna primera, intervalos en días) para cada tipo de Tribunal: Juzgados, TSJ, AN y TS. Por otro lado, en las cabeceras y para cada uno de los Tribunales hay dos columnas. En la primera se muestra el porcentaje de asuntos que se terminaron en cada intervalo de tiempo. En la segunda columna, *tanto por ciento acumulado*, se va sumando el porcentaje de asuntos que se han terminado hasta ese intervalo, esto es, el porcentaje de esa casilla sumando al de todas las anteriores. De esta manera, el porcentaje acumulado nos muestra cuantos asuntos en total es capaz de terminar cada Tribunal en un plazo determinado. Así, por ejemplo, la Audiencia Nacional en el intervalo cuarto, entre 547 días y 730 días, terminó por sentencia un 20% de los asuntos de la muestra, pero ya había resuelto en total en el plazo de 730 (dos años) o menos un 63% de los recursos.

Volviendo al Cuadro 4, recordamos que cuando el plazo era de dos años o más, 730 días, el 74% de los usuarios consideraba que la duración estaba siendo *excesiva*. Para facilitar esta aplicación del Cuadro 4 sobre el Cuadro 5 hemos separado con doble raya la frontera temporal que marca más de dos años (731 días, Cuadro 5). Este es el punto de inflexión donde el 74% de todos los afectados por un asunto

[42] Este tema está desarrollado de manera monográfica en otro trabajo, *vid.* García de la Cruz (2002): *Tres propuestas...*, *op. cit.*

cuya finalización se haya demorado más de dos años (730 días) han de pensar, según el Cuadro 4, que este retraso es *excesivo*.

Vamos a observar cada uno de los Tribunales del Cuadro 5. En los Juzgados de lo Contencioso todos los recursos se han resuelto en menos de un año. Así, que en el peor de los casos, y volviendo a mirar los datos del Cuadro 4, un 28% de los afectados por asuntos que tardaron entre 181 y 365 días podrían pensar que ese plazo ha sido *excesivo*.

En los recursos finalizados por sentencia en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid, sólo el 28.5% de los asuntos se habían resuelto en dos años o menos, por lo tanto, un 74% del resto, los que se han finalizado en dos años o más, que son un 71.5% del total de asuntos resueltos por este Tribunal, habrán generado la sensación de demora excesiva entre los usuarios.

En los asuntos de la Audiencia Nacional, en concreto los recursos en la Sala de lo Contencioso-Administrativo, el 63% de los asuntos se

CUADRO 5

Porcentaje de procedimientos que se han terminado en cada intervalo

Intervalos en días	Recursos en los Juzgados		Recursos en la Sala del		Recursos en la Audiencia TSJ de Madrid		Recursos en el Tribunal Nacional Supremo	
%	%*	%	%*	%	%*	%	%*	
0-180	52	52	1,5	1,5	0	0	0	0
181-365	48	100	5	6,5	14	14	0	0
366-546	0		8	14,5	39	43	0	0
547-730	0		14	28,5	20	63	0	0
731-1000	0		18	46,5	16	89	15	15
1001-1200	0		24	70,5	9	98	15	30
1201-1400	0		20	90,5	2	100	26	56
1401-1600	0		8	98,5	0		44	100
1601-1800	0		1,5	100	0		0	

* Tanto por ciento acumulado (cada casilla es el resultado de sumar todas las anteriores)

García de la Cruz Herrero, 2003.

había finalizado en menos de dos años, así que el 74% del 27% de asuntos cuya duración ha sido mayor a dos años serán los potenciales usuarios totalmente descontentos con los plazos de resolución.

Finalmente, el 100% de los recursos finalizados por sentencia por el Tribunal Supremo fueron resueltos por encima de los dos años, por lo tanto, el 74% de todos los usuarios de esta Sala del Tribunal Supremo son potenciales descontentos, porcentaje que se refuerza al ver que un 44% de los asuntos se demoraron hasta los cuatro años.

COMENTARIOS

LA IMPORTANCIA DEL REQUISITO DE LA BUENA CONDUCTA CÍVICA EN LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

POR

MERCEDES BLANCO TORIBIO

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA BUENA CONDUCTA CÍVICA COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. III. CONFIGURACIÓN DEL REQUISITO POR LA JURISPRUDENCIA. IV. DIFERENCIA ENTRE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD POR RESIDENCIA Y POR CARTA DE NATURALEZA EN LA JURISPRUDENCIA. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las diversas formas de adquisición derivada de la nacionalidad destaca la denominada «adquisición por residencia», basada en el cumplimiento de unos plazos y requisitos. Los plazos varían según las distintas circunstancias del solicitante mientras que los requisitos son idénticos para todos ellos. Dentro de estos últimos, se encuentra la necesidad de acreditar «buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española» recogido en el apartado 4 del artículo 22 del Código Civil.

Se trata de un requisito relativamente novedoso en nuestro Derecho, introducido a raíz de la reforma llevada a cabo en el Ordenamiento Jurídico español por la primera Ley de Extranjería publicada en nuestro país, Ley 7/1985, de 1 de Julio, de Libertades y Derechos de los Extranjeros en España[223].

Respecto a la buena conducta cívica, debe decirse en primer lugar que es un requisito hoy en día legalmente aceptado, si bien, presenta un aspecto controvertido y no exento de polémica y críticas provenientes de diversos sectores sociales y políticos, de hecho, la última crítica formal ha tenido su reflejo en una proposición de Ley de 7 de

[223] Ley que ha sido derogada por la actualmente vigente Ley 4/2000, de 11 de enero.

Diciembre de 1998 cuyo objeto era la supresión de la buena conducta cívica como requisito procedimental en la adquisición de la nacionalidad, si bien dicha pretensión no llegó a cuajar en el texto definitivo de la Ley 36/ 2002, de 8 de Octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad y que da nueva redacción a los artículos 20, 22, 23, 24, 25 y 26 del mismo.

En todo caso, debe reconocerse que estamos ante un requisito necesario de lógica observancia en la concesión de un auténtico derecho subjetivo como es la adquisición de la nacionalidad, pues de otro modo, bastaría permanecer legalmente es España durante el tiempo necesario es decir, uno, cinco o diez años según los distintos supuestos del artículo 22 del Código Civil [224].

La jurisprudencia marca la diferencia entre el estatus de quien adquiere simplemente el derecho de residencia y el que adquiere la nacionalidad porque, la adquisición de ésta última supone un plus respecto de la mera adquisición del derecho de residencia, es decir, un «estatus superior». El motivo principal de la diferencia indicada radica en que la nacionalidad se configura como una manifestación de la soberanía del Estado, un verdadero presupuesto para el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales y políticos.

A pesar de la reforma llevada a cabo recientemente en esta materia por la mencionada Ley 36/2002, de 8 de Octubre, ha de tenerse en cuenta,por lo que aquí interesa, que el apartado 4 del artículo 22 ha mantenido intacto su tenor literal, haciendo constar que:

> «el interesado deberá justificar en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española».

En éste sentido debe indicarse que en los artículos 220 a 223 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (RRC), no se contienen reglas especiales en relación con la justificación de la buena conducta cívica que, por lo tanto, puede ser acreditada por cualquier medio de prueba tal y como establece el párrafo penúltimo del artículo 221 del Reglamento del Registro Civil. Debe destacarse esta amplitud de medios probatorios en la acreditación de éste requisito. Las posibilidades de prueba de la buena conducta cívica son variadas, a título de ejemplo pueden citarse desde informes policiales hasta informes del CESID, que han sido tenidos en cuenta para valorar la conducta del interesado.

[224] Los plazos que establece el artículo 22 del Código Civil son de 10 años con carácter general, 5 en los casos de asilo o refugio cuando se trata de nacionales de países iberoamericanos y demás países mencionados en el apartado 1 de este artículo, y finalmente un año para quienes estén incursos en alguno de los supuestos del apartado 2.º del artículo 22.

Los plazos que establece el artículo 22 del Código Civil son de 10 años con carácter general, 5 en los casos de asilo o refugio cuando se trata de nacionales de países iberoamericanos y demás países mencionados en el apartado 1 de este artículo, y finalmente un año para quienes estén incursos en alguno de los supuestos del apartado 2º del artículo 22.

En ocasiones también se han tenido en cuenta los oportunos autos de sobreseimiento recaídos en los procedimientos en los que se encontraban incursos los solicitantes y por supuesto, los correspondientes certificados de cancelación de antecedentes penales.

II. La buena conducta cívica como concepto jurídico indeterminado

De cualquier manera, no hay que olvidar que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, de límites imprecisos y sometido, por lo tanto, a control jurisdiccional a los efectos de enjuiciar si se ha adoptado la solución justa en cada caso.

De hecho, el Tribunal Supremo en su Sentencias de 26 de Julio de 1997, 24 de Abril de 1999 y 5 de Junio de 1999 ha establecido que «el requisito de la buena conducta cívica como concepto jurídico indeterminado no habilita a la Administración para actuar con discrecionalidad, ya que debe optar, al decidir, por una solución justa, lo que, por consiguiente es controlable y revisable por la jurisdicción. Además, ese concepto de la buena conducta cívica ha de ponerse en relación con su proyección en el ámbito constitucional sobre comportamiento de ausencia de vulneración del ordenamiento jurídico, especialmente en relación con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes prevenidos en el Título I de la Constitución (art. 14 a 52) en conexión con el artículo 10.2 y los derechos y deberes reconocidos en los Textos internacionales: Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), y Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos y Culturales (1996)».

En su Sentencia de 30 de Noviembre de 2000, el Tribunal Supremo prescribe que «el concepto jurídico indeterminado «buena conducta cívica» debe ser valorado por la Administración y, en su caso, por el órgano jurisdiccional que conozca de la materia en vía de recurso contencioso, como un requisito exigible para la concesión de la nacionalidad, considerando aquella en su conjunto y en modo alguno en relación a un periodo de tiempo de tiempo predeterminado».

III. Configuración del requisito por la jurisprudencia

Sin duda ha sido la Jurisprudencia la que ha ido precisando los límites del concepto que nos ocupa hasta fijar las bases sobre la que se asienta hoy en día este requisito.

La importancia de la buena conducta cívica en la adquisición de nuestra nacionalidad ha vuelto ha ponerse de actualidad en dos recientes sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 2002 y de 12 de Noviembre de 2002. En ésta última, se deniega la nacionalidad española a una mujer dominicana de 51 años, casada en 1982 con un español con quien ha tenido 4 hijos, empadronada en Santander desde 1986, y residente legal en España desde 1991, al estimar que no ha acreditado buena conducta cívica.

El Alto Tribunal considera en esta Sentencia que la solicitante no ha acreditado buena conducta cívica «porque en 1995, regentaba un club de alterne en Santander», aunque «no consta que en el local se llevasen a cabo actividades ilícitas».

Según el Tribunal Supremo, «para conseguir la nacionalidad española por residencia, se exige a los inmigrantes una vida ajustada a un estándar medio de conducta que la solicitante no ha demostrado con su pericia personal».

Hay que destacar el papel que la referida Sentencia atribuye a los antecedentes penales cancelados al añadir a lo ya expuesto que «el hecho de que los antecedentes penales y policiales de la mujer estén ya cancelados no es óbice para tenerlos en cuenta a la hora de valorar su «buena conducta» a efectos de otorgarle la nacionalidad».

En este sentido, debe mencionarse que los antecedentes policiales de la mujer databan de 1997, por ejercer la prostitución, una expulsión de España de 1978, y un proceso judicial por trata de blancas en 1982 del que fue absuelta en 1983. Además, en 1995, el Delegado de Gobierno de Cantabria le impuso una sanción económica por amparar la inmigración ilegal, multa que le fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

La importancia de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo radica en que, en ella, el Tribunal se apoya en el hecho de no haberse justificado la buena conducta cívica, considerando así mismo el veredicto respetuoso con el principio de protección de la familia, dado que la mujer tiene concedida la residencia en España y ésta no se ve afectada por la denegación de la nacionalidad, así como con la presunción de inocencia dado que nadie ha sostenido que sea ilegal la actividad en los locales llamados locales de alterne.

Hay que añadir que la sentencia ha contado con el voto particular de dos de los seis magistrados que formaron la Sala, D. Jesús Ernesto

Pérez Morate y D. Pedro Antonio Mateos que consideran que debió reconocerse a la mujer el derecho a obtener la nacionalidad al haber observado una conducta cívica como la de cualquier ciudadano español que tiene una familia, ejerce un oficio, paga sus impuestos, no oculta sus bienes y acude a los Tribunales a ejercitar sus derechos.

El aspecto principal de la Sentencia comentada es el hecho de tener en cuenta, a los efectos de valoración de la conducta, unos antecedentes penales cancelados.

Existe una distinción interesante en la jurisprudencia a la hora de valorar el requisito de la «buena conducta cívica» en relación con la existencia o inexistencia de antecedentes penales según se trate de la adquisición de la nacionalidad o bien se trate de otra clase de derechos.

Esta distinción es fundamental pues ayuda a comprender la distinta valoración del requisito en uno u otro supuesto, de manera que, cuando se trata de un supuesto de adquisición de la nacionalidad, los antecedentes penales, aun estando cancelados o anulados, tienen peso específico a la hora de valorar la «buena conducta» del interesado. En cambio, cuando se trata de obtener las autorizaciones o concesiones necesarias para el ejercicio de un derecho (por ejemplo, a través de licencias o permisos), los antecedentes cancelados no pueden tenerse en cuenta para valorar la conducta del solicitante.

La distinción apuntada cobra nueva vigencia en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 2002: «esta Sala del Tribunal Supremo ha recordado; entre otras en sus Sentencias de 16 de Marzo de 1999 (Sentencia que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/ 1997), 25 de Octubre de 1999 y de 19 de Diciembre de 2000, que es jurisprudencia consolidada la que declara que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar permisos administrativos o licencias necesarios para el ejercicio de actividades que requieran que el solicitante cumpla el requisito de la buena conducta, y en esas mismas Sentencias se recoge la Doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 174/ 1996, de 11 de Noviembre[225].

De acuerdo con la distinción anunciada, unos antecedentes penales cancelados no pueden tenerse en cuenta a la hora de valorar la conducta del interesado cuando se trata de obtener, por ejemplo, una licencia de caza o el permiso de conducir.

[225] Como límite a la idea que se acaba de exponer encontramos la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la sentencia 174/1996, de 11 de noviembre según la cual «la apreciación de una falta de buena conducta como consecuencia de unos antecedentes penales cancelados por rehabilitación puede suponer una infracción del principio de legalidad y de la finalidad de la misma.

Sin embargo, cuando se trata de la concesión de la nacionalidad, los antecedentes, aun cancelados pueden contribuir a valorar negativamente la conducta del interesado. En este caso, de las Sentencias aplicables resulta una jurisprudencia precisa, clara y uniforme, en el sentido de que la simple existencia o inexistencia de antecedentes penales no es suficiente para estimar la concurrencia de éste requisito, salvo que se refiera a infracciones que «per se» revelen la existencia de mala conducta, sino que hay que valorar su alejamiento o cercanía temporal en función del razonable proceso de integración en la sociedad española, así como el carácter y circunstancias de la conducta que haya podido dar lugar a la condena penal, como reveladora no sólo del incumplimiento del deber de observancia de los deberes constitucionales, sino también de la falta en mayor o en menor grado de integración en la sociedad española.

Estamos por lo tanto, en presencia de un requisito cuya apreciación corresponde a priori a la Administración, sin perjuicio de su revisión jurisdiccional, como ha quedado dicho. Un ejemplo de ello es el constituido por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de Enero de 1994 en la que se denegó la nacionalidad española al solicitante por no cumplir el requisito del artículo 22.4 del Código Civil, entendiendo que el interesado carecía de buena conducta cívica por haberse solicitado en dos ocasiones (años 1976 y 1977) por un Juzgado Municipal su domicilio y haber sido denunciado en el año 1977 ante un Juzgado Municipal por lesiones.

Interpuesto recurso contencioso administrativo por el interesado, la Audiencia Nacional estima dicho recurso cuya Sentencia es confirmada en casación por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de Octubre de 2000. Para la Audiencia Nacional, al ser el requisito de la buena conducta cívica un concepto jurídico indeterminado la Administración carece de toda discrecionalidad en su apreciación, así, la Administración debe optar por la única solución justa que es la de entender que cumple con el requisito de la buena conducta cívica.

Continuando con la línea jurisprudencial apuntada, debe destacarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 2002 en la que para valorar si existe la buena conducta cívica, el Tribunal Supremo no se limita a valorar los antecedentes penales o policiales; estos antecedentes son uno de los indicadores a tomar en consideración al efecto. El hecho de que una persona tenga antecedentes penales no impide la concurrencia del requisito de la buena conducta cívica, a sensu contrario, cabe decir que la cancelación de antecedentes no presupone necesariamente y por sí la buena conducta cívica si concurren otros elementos que la niegan. En estos casos, para concretar si existe o no buena conducta cívica pueden tenerse en cuenta, además de la existencia de antecedentes penales o policiales, la índole o entidad de los mismos, así como la conducta debidamente informada por los órganos o autoridades que están encargados de esta misión.

La conclusión que se extrae de la jurisprudencia examinada es que los antecedentes penales, una vez que han sido cancelados, no pueden dar lugar por sí solos a la concesión o denegación de la nacionalidad, si bien, pueden servir para enlazar con otros aspectos determinantes en éste sentido. Dicho de otra manera, nada tiene que ver el concepto jurídico indeterminado «buena conducta cívica» a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil, con la carencia de antecedentes penales.

En consecuencia, debe concluirse tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Octubre de 2002 que el requisito en cuestión no exige haber tenido un comportamiento social intachable, ni que el solicitante de la nacionalidad española haya desarrollado permanentemente, a lo largo de su existencia, un comportamiento ejemplar.

La exigencia prevista en la legislación del Registro Civil de justificar en el expediente «buena conducta cívica» constituye un requisito adicional sobre la mera observancia de una conducta de no transgresión de las normas penales o administrativas sancionadoras.

IV. Diferencia entre la adquisición de la nacionalidad por residencia y por carta de naturaleza en la jurisprudencia

Por último, no cabe confundir el derecho a adquirir la nacionalidad española por residencia con la concesión de la misma por carta de naturaleza que constituye un verdadero derecho graciable. La mencionada Sentencia de 5 de Octubre de 2002 afirma que «la adquisición de la nacionalidad por residencia no puede concederse o denegarse sino cuando concurran las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión «stricto sensu» sino de un reconocimiento por concurrir al efecto los requisitos exigibles, aunque puedan denegarse por motivos de orden público o de interés nacional suficientemente razonados».

Con ello el Tribunal Supremo viene a reafirmar la jurisprudencia establecida en la Sentencia de 24 de Abril de 1999, 9 de Junio de 1999, 19 de Junio de 1999, y de 25 de Octubre de 1999, que recuerdan que la adquisición de la nacionalidad española por residencia no puede confundirse con la que se lleva a cabo por carta de naturaleza, pues mientras ésta constituye un derecho genuino, un derecho de gracia, en el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo, pero no de la causa jurídica de la misma, la adquisición por residen-

cia no puede concederse o denegarse sino cuando concurran las circunstancias legalmente previstas, aunque puede denegarse por motivos de orden público o de interés nacional suficientemente razonados, tal y como establece el artículo 21.1 del Código Civil.

V. Conclusiones

La buena conducta cívica a que se refiere el artículo 22.4 del Código Civil es un concepto jurídico indeterminado que no puede ser precisado a priori, sino que debe concretarse en cada supuesto, sin que ello habilite a la Administración para que actúe no ya con arbitrariedad, sino ni siquiera con discrecionalidad.

En todo caso, la carga de la prueba de la existencia del mencionado requisito corresponde al interesado, toda vez que la Ley se refiere a una «buena conducta cívica» justificada. No existe una presunción iuris tantum de buena conducta cívica sino que debe ser el solicitante el que acredite el cumplimiento de este requisito.

El artículo 22.4 del Código Civil no requiere «haber tenido antes un comportamiento social intachable», no es necesario demostrar a lo largo de toda la existencia un comportamiento ejemplar, bastando con acreditar que se ha observado un correcto comportamiento cívico que además puede ser valorado y acreditado a través de todas las pruebas disponibles.

La existencia o no de antecedentes penales (aún cancelados) no determina por sí sola la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia, si bien, pueden constituir un indicador de la conducta del interesado e inclinar la balanza del fallo en uno u otro sentido.

UNA VISIÓN GENERAL DEL ANTEPROYECTO DE LA NUEVA LEY GENERAL TRIBUTARIA

Por
Javier Martín Fernández
Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad Complutense
Socio Director de F&J Martín Abogados

I. Introducción

El Consejo de Ministros del pasado 28 de febrero acordó someter a información pública el Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria. La vigente (en adelante, LGT) data de 1963 y, reconociendo que se trata de un texto legislativo de gran calidad, ha quedado, en gran medida, obsoleto como consecuencia de las profundas transformaciones de nuestro ordenamiento tributario. Por tanto, debe aplaudirse la decisión de acometer la elaboración de un nueva Ley en lugar de seguir, como hasta el momento, en un proceso de reforma continua de la principal norma que regula las relaciones entre la Administración y los contribuyentes. Para su redacción el Ministerio de Hacienda ha tenido muy presente los Informes de las dos Comisiones de expertos: la primera constituida para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la LGT (en adelante, Informe 2001) y, la segunda, para el estudio del Anteproyecto de la nueva LGT (en adelante, Informe 2003).

Tal y como reconoce la Exposición de Motivos del Anteproyecto, con el mismo se lleva a cabo una revisión en profundidad de la LGT para adaptarla a los principios constitucionales, al resto del ordenamiento español, desarrollado a partir de la promulgación de la Constitución (en adelante, CE), y al actual sistema tributario. Se pretende con ello superar una larga etapa marcada por sucesivas modificaciones realizadas en la LGT por diversas Leyes de reforma parcial de la misma (las más importantes de 1985 y 1995) y, de modo especialmente significativo, por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (en adelante, LDGC). El contenido

de esta norma se integra en el Anteproyecto, siendo derogada por su disposición derogatoria única.

Uno de los objetivos prioritarios del texto es la aproximación a la regulación administrativa común, en especial, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), reduciendo los particularismos de las normas tributarias a aquellos espacios en que la naturaleza de las relaciones, fines e intereses en juego así lo justifican.

La estructura del Anteproyecto, más detallada y didáctica que la de la LGT, contiene cinco Títulos. Los dos primeros vienen a coincidir, esencialmente, con los Títulos preliminar, primero y segundo de esta última. Sin embargo, los nuevos Títulos III, IV y V suponen una estructuración más correcta y sistemática que la del Título III del texto en vigor, relativo a la gestión tributaria en sentido amplio.

El nuevo Título III, bajo la denominación de «La aplicación de los tributos», alberga los distintos tipos de actuaciones de los particulares y los procedimientos de gestión. En su articulado se lleva a cabo el primer intento de regulación sistemática en el ámbito tributario de los nuevos modos de relación con las Administraciones, surgidos con el desarrollo de las tecnologías propias de la sociedad de la información.

El Título IV se ocupa la potestad sancionadora, lo cual supone el reconocimiento de la distinción sustancial entre las normas que regulan el tributo y las que hacen lo propio con las sanciones. Por último, el Título V está dedicado a la revisión de los actos administrativos, donde se introducen fórmulas que permitan reducir la litigiosidad en materia tributaria.

En las páginas que siguen vamos a analizar los aspectos más relevantes de cada uno de estos Títulos.

II. Las disposiciones generales del ordenamiento tributario

El art. 1.1 del Anteproyecto nos dice que *«la presente Ley establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y es de aplicación a todas las Administraciones tributarias con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1ª, 14ª y 18ª de la Constitución»*. Como vemos se sitúa en la misma línea argumental que el art. 1.1 de la LDGC. Pensamos que la fórmula utilizada no es la más correcta. Debía haberse incorporado una disposición adicional donde se detallaran aquellos preceptos que se consideran básicos y que son de aplicación al Estado, Comunidades Autónomas y Entes Locales, tal y como puso de relieve el Informe 2001. Con la fórmula

utilizada, una Comunidad Autónoma podría apartarse de la regulación del Anteproyecto respecto de sus tributos propios, pese a la dicción literal de su art. 1.1.

El Anteproyecto incorpora, por vez primera a una Ley tributaria, una definición de tributo en su art. 2.1 como *«los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del presupuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin de obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos»*. Partiendo de este concepto se enumeran las distintas clases de tributos que reconoce nuestro ordenamiento: tasas [que son objeto de nueva definición respecto de la contenida en el art. 26.1.a) de la LGT], contribuciones especiales e impuestos. Los dos primeros se caracterizan, al igual que ocurre en la actualidad, porque su hecho imponible de define en atención a una actividad administrativas, cosa que no ocurre con los impuestos. Ahora bien, estos últimos se siguen definiendo como *«tributos exigidos sin contraprestación»*, cuando, como es bien conocido, el tributo es una manifestación del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 33.1 de la CE), por lo que nunca puede ser una forma de contraprestación.

La presencia del concepto de tributo permite la aplicación de la LGT a todas aquellas prestaciones en las que se aprecie la concurrencia de los elementos que lo definen, con lo que se evita, tal y como pone de manifiesto el Informe 2003, que pueda eludirse este régimen jurídico mediante el establecimiento de figuras nominalmente ajenas a las categorías de impuestos, tasas o contribuciones especiales.

En este sentido se incorporan dos disposiciones adicionales. La novena, a cuyo tenor las *«exacciones parafiscales participan de la naturaleza de los tributos rigiéndose por la presente Ley en defecto de normativa específica»*. Hubiera sido deseable que en esta disposición o en otra se hubiera incorporado una referencia a las cotizaciones a la Seguridad Social, que son tributos, en especial impuestos, aunque sólo fuera para señalar que se regirán por su régimen especial. Por su parte, la decimocuarta adecua el concepto de tasa del art. 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, al previsto en el art. 2.2 del Anteproyecto (obsérvese que esto no se hace con los previstos en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas y la Ley reguladora de las Haciendas Locales).

La introducción de una definición de tributo no es incompatible con la regulación de las prestaciones satisfechas entre particulares que nacen de su aplicación. En este sentido el Anteproyecto suple, en la medida de los posible, las actuales carencias de la LGT.

Por vez primera se incorpora a la LGT una mención a la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a la que corresponde en *«los términos previstos en su Ley de creación»*, la gestión de los tributos estatales (art. 5.2).

Por lo que se refiere a la aplicación temporal de las normas reguladoras del régimen de los recargos y de las infracciones y sanciones, se proclama, expresamente, su carácter retroactivo, cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado (art. 10.2), en la misma línea del art. 4.3 de la LDGC.

El art. 12.1 del Anteproyecto, dedicado a aplicación de las normas tributarias, sustituye la referencia actual a los criterios admitidos en Derecho por una remisión al art. 3.1 del Código Civil, lo que, además de otorgar mayor claridad, impide toda posibilidad de acudir a la llamada interpretación económica.

Especial mención merece la regulación en el art. 15 del *«Abuso en la aplicación de la norma tributaria»* y que viene a sustituir la regulación del fraude de ley, prevista en el art. 24 de la LGT. Aquel precepto trata de evitar, en primer lugar, que determinadas capacidades económicas queden sin gravar. En las conductas que contempla el obligado tributario hace tributar una capacidad económica equivalente a la que grava el tributo que se pretende eludir, total o parcialmente, utilizando para ello *«actos o negocios»* en los que concurran determinadas circunstancias. En modo alguno realiza el hecho imponible, pues, en caso contrario, estaríamos en presencia de una infracción tributaria, pese a lo expuesto en el núm. 3 del precepto.

Pensamos, en segundo lugar, que no puede extrapolarse la construcción del fraude de Ley civil al ámbito tributario, en particular, por el hecho de que puede producirse un fraude de Ley civil sin que se produzca abuso en la aplicación de la norma tributaria y viceversa. Por ejemplo, la constitución de una sociedad o la transferencia de unos bienes en fraude de acreedores no es reconducible al abuso si se satisfacen los tributos correspondientes. De igual modo, puede existir este último sin que exista fraude de ley civil, cuando se trate de eludir el pago del tributo correspondiente a una compraventa o una permuta mediante el mecanismo de la constitución e inmediata disolución de una sociedad. Decimos todo esto, ya que, a nuestro juicio, sería conveniente introducir una disposición adicional que dispusiera que, en el ámbito tributario, no resulta aplicable el fraude de ley del art. 6 del Código Civil.

En tercer lugar, el art. 15 del Anteproyecto constituye un instrumento especial en manos de la Administración para gravar determinadas economías de opción que repugnan al ordenamiento tributario. El calificativo de *«especial»* no debe ser identificado como *«excepcional»*, pues no está concebido para evitar la elusión fiscal cuando ya no quede otro remedio.

Más compleja resulta, por último, la interpretación del último inciso *«sin perjuicio de la sanción que, en su caso, proceda de acuerdo con lo dispuesto en la letra d) del apartado 1 del artículo 185 de esta Ley»*. Al igual que se plasmó en los respectivos Informes 2001 y 2003, pensamos que no cabe incoar expediente sancionador alguno por el reconocimiento del abuso en la aplicación de la norma tributaria. La exigencia de sanciones desvirtúa gravemente la aplicación de esta cláusula, hasta el punto de configurarla como una forma especial de simulación.

III. Los tributos

El Título II dedicado a los *«tributos»* comienza definiendo la relación jurídico-tributaria como *«el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos»*. Son obligaciones tributarias materiales *«las de carácter principal, las de realizar pagos a cuenta, las establecidas entre particulares resultantes del tributo y las accesorias»* (art. 17). Por el contrario presentan la consideración de formales *«las que, sin tener carácter pecuniario, son impuestas por la normativa tributaria a los obligados tributarios, deudores o no del tributo, y cuyo incumplimiento está relacionado con el desarrollo de actuaciones o procedimientos tributarios»*. Es decir, las de tipo censal; de identificación; de presentación de declaraciones, comunicaciones y realización de autoliquidaciones; de contabilidad y registro; expedición y conservación de facturas; de suministro de información; de facilitar las actuaciones de comprobación e investigación, así como las previstas en la normativa aduanera (art. 29).

Partiendo de estos conceptos los arts. 19 a 34 del Anteproyecto definen la obligación tributaria principal, el hecho imponible, las exenciones, el devengo y la exigibilidad. En el art. 21.1 destaca, con relación a esta última, que las Leyes reguladoras de cada tributo puedan establecerla en un momento distinto del devengo, cuestión que, como pone de manifiesto el Informe 2003, estaba carente hasta el momento de previsión genérica, pese a la especial importancia que plantea en el ámbito de la imposición indirecta.

Como uno de los mayores avances dogmáticos del Anteproyecto hemos de destacar la incorporación de los conceptos de obligaciones tributarias tanto de realizar pagos a cuenta como entre particulares resultantes del tributo (arts. 23 y 24), en gran modo ausentes en la actual LGT.

Las obligaciones accesorias son aquéllas cuya exigencia depende de otra obligación tributaria. Es decir: el interés de demora (art. 26: donde se aclara su presupuesto de hecho, base de cálculo o período de exigencia), los recargos por declaración extemporánea (art. 27: del 5, 10, 15 y 20 por 100, especificado lo que se entiende por requerimiento previo; que la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento o compensación, impide su compatibilidad con los del período ejecutivo y la necesaria identificación de los datos en relación a un período impositivo concreto) y los recargos del período ejecutivo, que vienen a sustituir, aunque sólo sea nominalmente, a los actuales recargos de apremio (art. 28: del 10 y del 20 por 100), así como aquéllas otras que puedan crearse en el futuro. De forma expresa se excluyen de esta calificación a las sanciones, que presentan un presupuesto de hecho autónomo, como es la vulneración del derecho objetivo (art. 25.2).

Los arts. 30 a 33 se ocupan de las obligaciones y deberes de la Administración tributaria, en concreto, la obligación de realizar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, de devolución de ingresos indebidos (resulta destacable la introducción de una norma que determina cuál es la cantidad que procede devolver cuando el tributo se paga de manera fraccionada), de reembolso de los costes de las garantías (no sólo cuando la deuda es objeto de suspensión, sino también en los casos de aplazamiento, con garantía, y la deuda es declarada posteriormente improcedente, así como se introduce la obligación administrativa de satisfacer el interés legal sobre las cantidades a satisfacer) y la de satisfacer intereses de demora.

La derogación de la LDGC ha forzado a incorporar a lo largo del articulado del Anteproyecto sus preceptos. Es el caso de la enumeración de derechos y garantías de los obligados tributarios que lleva a cabo el art. 34 del Anteproyecto. Destacar que, a propuesta del Informe 2003, se han incorporado los siguientes derechos al contenido del art. 3 de la LDGC:

— Derecho a que las manifestaciones con relevancia tributaria de los obligados se recojan en las diligencias extendidas en los procedimientos tributarios.
— Derecho de los obligados a presentar ante la Administración tributaria la documentación que estimen conveniente y que pueda ser relevante para la resolución del procedimiento tributario que se esté desarrollando.
— Derecho a obtener copia a su costa de los documentos que integren el expediente administrativo en el trámite de su puesta de manifiesto.

El art. 35 contempla un catálogo de obligados tributarios. Se definen como *«las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de las obligaciones tributarias»*. Así se configuran como tales los contribuyentes (art. 36.2), los sustitutos (art. 36.3, que pueden exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas), los obligados a realizar pagos fraccionados, los retenedores, los obligados a practicar ingresos a cuenta (art. 33), los obligados a repercutir, los obligados a soportar la repercusión, los obligados a soportar la retención, los obligados a soportar los ingresos a cuenta (art. 34), los sucesores, los beneficiarios de supuestos de exención o devolución cuando no tengan la condición de sujetos pasivos, los que deben cumplir obligaciones tributarias formales y los responsables.

Se mantiene la previsión del actual art. 33 de la LGT en el art. 35.3 del Anteproyecto de forma que, cuando la Ley así lo prevea, tendrán la consideración de obligados tributarios las entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan un patrimonio separado susceptible de imposición. Obsérvese que, al igual que ocurre en la actualidad, no tienen la condición de deudores tributarios, ya que la misma es incompatible con su carencia de capacidad jurídica y responsabilidad patrimonial, por lo que siguen siendo meros centros de imputación.

Por lo que respecta a la sucesión de personas jurídicas, es decir, la conocida como sucesión impropia, el art. 40.3 exige a los sucesores las sanciones impuestas a dichas personas, lo cual va en contra del principio de personalidad de la pena, ya que los sucesores no han realizado el presupuesto de hecho de las infracciones.

El contenido de los preceptos que regulan los responsables (arts. 41 a 43) es muy similar al actual, aunque cabe destacar varias novedades. La primera, la previsión de que la responsabilidad puede alcanzar a las sanciones, cuando la Ley así lo establezca (art. 41.4). Es el caso de los supuestos de sucesión en la actividad, cuando no se haya solicitado el certificado previsto en el art. 42.1.c). Con relación a esto último nos remitimos al mismo comentario que hemos formulado al ocuparnos de los sucesores, por vulneración del principio de personalidad de la pena. La segunda es que se incluyen, expresamente, los supuestos de sucesión de hecho. La tercera extiende la responsabilidad a los administradores, tanto si son de hecho como de derecho [art. 43.1.a) y b)], a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, donde el art. 40 de la LGT sólo contempla estos últimos. Por último, se convierten en responsables subsidiarios las personas o entidades empresas que contraten o subcontraten ejecuciones de obras y prestaciones de servicios, en relación con las deudas del contratista o subcontratista, derivadas de retenciones y repercusiones

devengadas como consecuencia de las obras o servicios contratados o subcontratados [art. 43.1.d)].

Los preceptos dedicados a los elementos de cuantificación de las obligación tributaria principal y de la obligación de realizar pagos a cuenta (arts. 49 a 57) incorporan, por vez primera, un concepto de base imponible (art. 50.1), a la vez que extienden la estimación objetiva a la determinación de la cuota (art. 56.2).

El art. 58.1 nos dice que la «deuda tributaria estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta», estableciéndose, expresamente en su núm 4, que no la integran las sanciones.

Los plazos de pago actualmente presentes en el Reglamento General de Recaudación se incorporan a la LGT (art. 62). Como novedad destacar el supuesto de suspensión del ingreso de las deudas, sin necesidad de aportación de garantías motivado por el ingreso en otra Administración o por el hecho de haber soportado la repercusión de un tributo incompatible con aquél que ha originado la deuda así suspendida (art. 62.8). Esta previsión afecta, sobre todo, a los casos en los que, habiéndose pagado la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados o soportado la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, la Administración que gestiona el otro impuesto (estatal o autonómica según los casos) practica una liquidación por el mismo.

En los aplazamientos y fraccionamientos donde se hubiera acompañado aval, el interés de demora exigible pasa a ser el legal que corresponda hasta la fecha de su ingreso (art. 65.4). También se contempla, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, la obligatoriedad de paralización de las actuaciones de enajenación de bienes cuando el aplazamiento haya sido solicitado en período ejecutivo (art. 65.5).

El juego de los plazos de prescripción y de sus causas de interrupción venía dificultando la posibilidad de obtener la devolución de un tributo efectivamente satisfecho, cuando, al final, la operación gravada terminaba considerándose sujeta a un tributo incompatible con aquél. A tal efecto se introduce una regla específica de determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción del derecho a solicitar devoluciones de ingresos indebidos, que comenzará a contarse desde la resolución del órgano específicamente previsto para dirimir cual es el tributo procedente (art. 67.1).

El plazo de prescripción para exigir la obligación de pago a los responsables solidarios comienza a contarse desde el día siguiente a la finalización del plazo de pago en período voluntario del deudor principal y a los subsidiarios desde la notificación de la última actuación recaudatoria practicada a aquél o a cualquiera de los responsables solidarios (art. 67.2). Como puede comprobarse se hace de mejor condición a estos últimos, ya que, para los subsidiarios, en la práctica, nunca va a prescribir la acción de la Administración.

IV. La aplicación de los tributos

Es bien conocido que nuestro ordenamiento contempla dos acepciones del término gestión tributaria. Una amplia, comprensiva de la gestión, inspección y recaudación. Otra, restringida, que se corresponde con las competencias que ejercen en la actualidad las dependencias de gestión de la Administración tributaria. El Anteproyecto ha optado por identificar la primera con la de *«aplicación de los tributos»*, a la que dedica el Título III, sin que queden integrados dentro de la misma la resolución de recursos y reclamaciones, al igual que ocurre con la LGT.

Dentro de los preceptos dedicados a la información y asistencia merece destacarse la nueva regulación de las consultas tributarias escritas (arts. 88 y 89), estableciéndose el carácter vinculante para la Administración de todas las contestaciones formuladas, salvo que se modifique la legislación o la jurisprudencia aplicable al caso. También se reconocen los efectos vinculantes de la valoración prestada por la Administración a solicitud del particular por un plazo de tres meses (art. 90.1).

El Anteproyecto acoge la recomendación del Informe 2001, en el que se advertía de la necesidad de que la LGT tuviera presente las tecnologías informáticas y telemáticas en la aplicación de los tributos (art. 96).

Los arts. 97 a 116 prevén las normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios. El primero de ellos proclama, expresamente, que salvo las especialidades reguladas en este Título, los procedimientos tributarios se regirán por las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos en cuanto no resulten incompatibles con aquéllas, lo cual supone un acercamiento al procedimiento administrativo común, tal y como pusimos de manifiesto en la Introducción.

El procedimiento puede ser iniciado, de oficio o a instancia del interesado, mediante autoliquidación, declaración, comunicación,

solicitud o cualquier otro medio previsto en la normativa (art. 98.1). En cuanto a su terminación, se contempla una cláusula muy amplia que pretende abarcar todos los supuestos posibles, tales como la resolución, el desestimiento, la renuncia, la imposibilidad material de continuarlos, la caducidad, el cumplimiento de la obligación requerida y cualquier otro establecido legalmente (art. 100).

La liquidación tributaria se define como *«el acto resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda tributaria o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria»* (art. 101.1), manteniendo la tradicional distinción entre liquidaciones definitivas y provisionales. Son definitivas aquéllas a las que la normativa les atribuya tal carácter o las practique la inspección previa comprobación e investigación de la totalidad de elementos de la obligación tributaria.

Las liquidaciones han de notificarse con expresión de determinados elementos y, en especial, con su correspondiente motivación, aunque ésta no se reduce, tal y como sucede en el art. 124 de la LGT, a los supuestos en que se eleve la base imponible declarada por el sujeto pasivo, sino que se extiende a todos en los que la Administración se aparte de la declaración del obligado tributario, tanto si la discrepancia se refiere a elementos de hecho como si afecta a la interpretación de las normas [art. 102.2.c)].

De los plazos de resolución y de las consecuencias de su incumplimiento se ocupan los arts. 103 y 104. Sobre estas últimas el Anteproyecto aporta ciertas novedades. Se adopta una estructura similar a la seguida por la LRJ-PAC, distinguiendo entre procedimientos iniciados a instancia de parte o de oficio. En ambos casos, las consecuencias serán las que prevea la normativa que regule el procedimiento de que se trate pero, a falta de la misma, el Anteproyecto contiene unas normas de aplicación subsidiaria. En los procedimientos iniciados a instancia de parte la regla es la del silencio positivo, salvo los casos de ejercicio del derecho de petición y en los de impugnación de actos y disposiciones. En los iniciados de oficio, la solución depende de si pueden dar lugar al reconocimiento o constitución de derechos o a la producción de efectos desfavorables. En el primer caso, se prevé el silencio negativo, mientras que, en el segundo, se produce la caducidad (art. 104).

De las actuaciones y procedimientos de gestión tributaria se ocupan los arts. 117 a 140. Esta consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a (art. 117.1):

— La información y asistencia tributaria.
— La gestión censal de obligados tributarios.

— La gestión del número de identificación fiscal.
— La emisión de certificados tributarios.
— El control y los acuerdos de simplificación relativos a la obligación de facturar.
— La gestión de declaraciones, autoliquidaciones y comunicaciones.
— La comprobación y tramitación de devoluciones tributarias.
— El control del cumplimiento de la obligación de presentar declaraciones tributarias y de otras obligaciones formales.
— La verificación de datos.
— La comprobación de valores.
— La comprobación limitada.
— La práctica de liquidaciones.
— El reconocimiento y comprobación de la procedencia de beneficios fiscales de carácter rogado.
— Otras actuaciones de comprobación de los tributos que no sean de inspección o recaudación.

Se consideran procedimientos de gestión los siguientes (art. 123):

— Procedimiento de devolución iniciado mediante autoliquidación, solicitud o comunicación de datos (arts. 124 a 128).
— Procedimiento iniciado mediante declaración (art. 128 a 130).
— Procedimiento de verificación de datos (art. 131 a 133).
— Procedimiento de comprobación de valores (arts. 134 y 135).
— Procedimiento de comprobación limitada (arts. 136 a 140).

De todos ellos merece destacarse este último, que sustituye al actual de comprobación abreviada y que puede utilizar tanto los órganos de gestión como de inspección. Los únicos medios que se pueden utilizarse en este procedimiento son los siguientes: examen de los datos declarados contrastándolos con aquéllos de que dispone la Administración y con los que constan en los documentos, registros y de los justificantes presentados o que se requieran al efecto, examen de los registros exigidos por la normativa tributaria y de sus justificantes y requerimientos a terceros para que aporten la información que se encuentran obligados a suministrar con carácter general o para que la ratifiquen mediante la presentación de los justificantes.

La Administración no puede llevar a cabo el examen de la contabilidad mercantil; la realización de actuaciones fuera de las oficinas públicas, salvo para efectuar comprobaciones de carácter censal o en relación con la aplicación de métodos objetivos de tributación y requerimientos a terceros de movimientos financieros (art. 136).

El plazo máximo del procedimiento es de seis meses desde la iniciación, cuyo incumplimiento determina la caducidad. La liquidación que se deriva de la comprobación tiene carácter provisional, aunque, a diferencia de otras liquidaciones provisionales, su importe sólo puede ser modificado si se descubren nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas.

Los arts. 141 a 159 del Anteproyecto regulan la inspección y presentan una línea continuista respecto de la regulación vigente, incorporando el contenido de muchos de los preceptos del Reglamento General de Inspección.

Merecen una especial mención las llamadas actas *«con acuerdo»*, como una nueva modalidad dentro de las actas de conformidad, que ponen de manifiesto la voluntad del redactor del Anteproyecto de reducir la elevada conflictividad que, en el ámbito tributario, se manifiesta entre la Administración y los particulares.

Estas se tramitarán, básicamente, cuando existan dificultades para aplicar la norma tributaria al caso concreto. Es decir, cuando *«deban aplicarse conceptos jurídicos indeterminados o resulte necesario para la correcta aplicación de la norma a los hechos del caso concreto, o cuando sea preciso realizar estimaciones, valoraciones o mediciones de datos, elementos o características relevantes para la obligación tributaria que no puedan cuantificarse de forma cierta»*. El actuario debe contar para su incoación con la autorización del inspector jefe. El acuerdo constará por escrito y debe incorporarse como anexo al acta. El obligado se beneficiará de una importante reducción en la sanción (50 por 100). Se niega la posibilidad de que las actas con acuerdo sean recurribles en vía administrativa y se condiciona su eficacia a que el obligado, antes de la firma del acuerdo y de las actas, efectúe el depósito previo de la totalidad de la deuda (art. 155). En otro orden de cosas, la regulación de las actas de conformidad y de disconformidad se mantiene en términos muy similares a los actuales.

Pocas innovaciones incorpora el Anteproyecto en materia de recaudación. Sus arts. 160 a 177 incorporan gran parte del contenido del Reglamento General de Recaudación.

V. Infracciones y sanciones

Del contenido del Título IV, dedicado a la *«potestad sancionadora»* (arts. 178 a 212) cabe afirmar, con carácter general, que proclama, expresamente, los principios más relevantes de la potestad sancionadora, incorpora las novedades introducidas por la LDGC y se adapta, en lo posible, a la regulación contenida en la LRJ-PAC.

Ahora bien, el Anteproyecto efectúa una reforma profunda del régimen de infracciones y sanciones. Dicha afirmación se sustenta en las siguientes consideraciones, tal y como puso de manifiesto el Informe 2003:

— La aproximación al Derecho Penal y al régimen administrativo sancionador general constituye, en sí misma, una novedad significativa (art. 178).
— También lo es el mismo hecho de que se cree un Título independiente dedicado a la potestad sancionadora. De esta forma se destaca la importancia que tiene el régimen sancionador tributario, así como su separación de la regulación de las obligaciones.
— El Anteproyecto dedica todo un Capítulo, el primero, a la regulación de los principios, lo que demuestra una apuesta decidida por la aplicación de aquellos de carácter penal predicables en el ámbito tributario.
— También se contiene una clasificación de las infracciones tributarias en leves, graves y muy graves (art. 183.2), que rompe con la tradicional en simples y graves y que, entendemos, atiende mejor a la gravedad de la conducta realizada.
— Constituye una novedad, sin duda, la existencia de una regulación propia de las causas de extinción de la responsabilidad derivada de las sanciones y, en particular, de su prescripción y causas de interrupción (arts. 205 y 206).
— Otro elemento que permite afirmar que nos encontramos ante una reforma profunda del régimen sancionador tributario es la regulación, por vez primera, del procedimiento como un Capítulo dentro de la LGT (arts. 207 a 212).

Destacando sólo algunos de los aspectos más significativos de este Título hemos de comenzar por el art. 179, que mejora la redacción de la cláusula que contempla el error de Derecho. De una interpretación literal del actual art. 77.4.d) de la LGT, que en modo alguno defendemos, puede concluirse que no resulta aplicable el error de derecho, por ejemplo, a la persona que, en aplicación de una interpretación razonable, considera que no se encuentra sujeta al impuesto y ello porque vincula la apreciación de la diligencia debida a la presentación de la declaración o autoliquidación. El art. 179.2.d) del Anteproyecto se limita a exigir la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias, entendiendo que aquélla concurre cuando el sujeto se ampara en una interpretación razonable de la norma.

El art. 182 se ocupa de los responsables y sucesores de las sanciones tributarias, donde cabe reiterar los comentarios ya vertidos sobre la vulneración del principio de personalidad de la pena en estos casos.

Son infracciones tributarias «las acciones y omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra Ley». Tales infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves (art. 183). Esta calificación depende de la conducta desplegada por el sujeto infractor, lo que se manifiesta a través de la ocultación y de los medios utilizados (art. 185).

El concepto de infracción, en palabras del Informe 2003, presenta un alto valor simbólico, ya que se ha eliminado la referencia a que las infracciones tributarias se sancionan a título de simple negligencia. Su mantenimiento hubiese resultado perturbador y no sirve al objeto de reforzar la vigencia de los principios penales y, especialmente, el de culpabilidad. Sobre todo, porque induciría al aplicador de la norma a imponer sanciones en todo caso. Por ello, cabe valorar, de forma muy positiva, su sustitución por una referencia a la negligencia, en cualquier grado que ésta se presente. De esta forma se garantiza la posibilidad de sancionar las infracciones tributarias aunque no exista una negligencia grave y se elimina de nuestro ordenamiento un residuo de una normativa que contemplaba un modelo distinto de relaciones entre la Administración y los obligados tributarios.

A continuación el Anteproyecto recoge un catálogo completo de las sanciones tributarias, que pueden consistir en multa fija o proporcional, como principal, y en sanciones no pecuniarias, como accesorias (art. 184). Hemos de destacar la introducción del concepto de *«base de la sanción»*, aplicable a las multas proporcionales. Es decir, la cantidad sobre la que se aplica el porcentaje en que se concreta la multa.

Por lo que se refiere al procedimiento sancionador se prevé la posibilidad de que el sujeto infractor renuncie a la tramitación separada, lo que ocurrirá en los supuestos de actas con acuerdo (art. 208.2). El desarrollo del procedimiento se estructura en las fases de iniciación, instrucción y terminación, con un esquema similar al seguido por la LRJ-PAC.

Sobre la ejecutividad de las sanciones que sean objeto de recurso, el art. 212.3 establece la suspensión de su ejecución en periodo voluntario sin necesidad de aportar garantía hasta que sean firmes en vía administrativa. Por dicha suspensión no se exigirán intereses de demora hasta la firmeza de la resolución que ultime esta vía.

VI. La revisión de los actos tributarios

El Título V del Anteproyecto se dedica a la revisión de los actos tributarios (arts. 217 a 249). El art. 216 enumera los procedimientos especiales de revisión, considerando como tales los de:

— Nulidad de pleno derecho.
— Declaración de lesividad de actos anulables.
— Revocación.
— Rectificación de errores.
— Devolución de ingresos indebidos, aunque este no sea un procedimiento de revisión propiamente dicho.

> *Con relación a la eliminación de la revisión por infracción manifiesta de Ley, sus posibles inconvenientes quedan paliados con la regulación contenida en el Anteproyecto en materia de revocación y que constituye su mayor innovación en esta materia.*

Esta resulta posible, dentro del plazo de prescripción, siempre que sea favorable al interesado y no constituya dispensa o exención no permitida por la norma o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico (art. 219). Sin duda, estamos ante una de las formas de resolución extrajudicial de los conflictos tributarios.

Por lo que respecta al recurso de reposición se amplía el plazo para su interposición, que pasa de quince días a un mes (art. 223.1). Sólo se contempla la suspensión mediante depósito de dinero o valores públicos, aval y fianza personal y solidaria de otros contribuyentes, por lo que no cabe la suspensión sin garantías (salvo que al dictar el acto se hubiera dictado en error aritmético, material o de hecho) o con otras garantías distintas de las anteriores, lo que forzará a los reclamantes a no utilizar este recurso y acudir directamente a la vía económico-administrativa (art. 224).

El Anteproyecto se muestra muy continuista con la regulación actual de las reclamaciones económico-administrativas. Es preciso destacar la supresión del Ministro de Hacienda como órgano económico-administrativo, pasando a tener esta consideración, de forma exclusiva, el Tribunal Económico-Administrativo Central, los Tribunales Económico-Administrativo Regionales, los Tribunales Económico-Administrativos Locales y Sala Especial para la Unificación de la Doctrina (art. 228).

Mediante el recurso extraordinario para la unificación de la doctrina, que resolverá esta Sala, el Director General de Tributos podrá

impugnar las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central con las que esté en desacuerdo (art. 243).

El plazo para interponer la reclamación económico-administrativa pasa de los actuales quince días a un mes (art. 235.1), aunque la mayor innovación en la materia es la creación de un procedimiento abreviado ante órganos unipersonales (arts. 245 a 248). Con el mismo se trata de reducir el número de asuntos y facilitar a los reclamantes un rápido acceso a la tutela de los Tribunales de Justicia cuando se alegue, exclusivamente, la inconstitucionalidad o ilegalidad de normas, falta o defecto de notificación, insuficiencia de motivación o incongruencia del acto impugnado, comprobación de valores y, en general, aquellas materias que reglamentariamente se determinen.

LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL POR CESE EN PUESTO DE LIBRE DESIGNACIÓN COMO PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

POR

JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA

DOCTOR EN DERECHO

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sinopsis [226]:

SUMARIO: I. ACOTAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA. II. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL: NATURALEZA JURÍDICA. III. CREACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO. IV. PLAZOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA CREAR Y PROVEER LA PLAZA EN ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. V. PUESTO DE TRABAJO CORRESPONDIENTE A SU CUERPO Y ESCALA. VI. LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL EN EL MISMO DEPARTAMENTO O EN SUS ORGANISMOS ADSCRITOS Y EN EL MISMO MUNICIPIO. VII. CONSOLIDACIÓN DE GRADO DURANTE LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. VIII. TOMA DE POSESIÓN EN EL PUESTO OFRECIDO EN ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. IX. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. X. AUTORIDAD QUE ATRIBUYE LA ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL. XI. VALIDEZ DEL TIEMPO EN ADSCRIPCIÓN PROVISIONAL A EFECTO DE PODER PARTICIPAR EN CONCURSOS DE PROVISIÓN. XII. CESE EN EL PUESTO DE TRABAJO ADSCRITO PROVISIONALMENTE.

I. ACOTAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

El marco legislativo de la adscripción provisional queda acotado por los arts. 21.2º.b) de la LMRFP de 1984 y 63 del RGI de 1995, la

[226] Abreviaturas:

RESAP de 1996: Resolución Conjunta de la Secretaría de Estado de Administración Pública y Hacienda de 15 de febrero de 1996 que dicta reglas aplicables a determinados procedimientos en materia de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo para la Administración General del Estado.

RCIM de 1995: Resolución de 29 de noviembre de 1995 de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, que establece los criterios para la asignación de puesto de trabajo en los supuestos previstos en el artículo 7 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado y en los artículos 50.5º y 58.2º del RGI de 1995.

LMRFP de 1984 : Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública, de 2 de agosto de 1984, núm. 30/1984.

RGI de 1995 : Real Decreto 364/1995, de 10 marzo 1995. Aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

RESAP de 1996, la RCIM de 1995 y la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 14 de diciembre de 1992, Manual de Procedimientos de Gestión de Recursos Humanos en materia de vacaciones, permisos y licencias, comisiones de servicios y reingresos al servicio activo, ésta última de carácter esencialmente instrumental y reguladora del procedimiento aplicable. De entre los distintos supuestos que origina esta forma de provisión, a saber, remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación con arreglo a lo dispuesto en los artículos arts. 50.5º y 58 del RGI de 1995; Supresión del puesto de trabajo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 72.3º del RGI de 1995 y reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de puesto de trabajo del artículo 62.2º de este Reglamento, nos centraremos en el primer supuesto recogido en el art. 63.1º del RGI de 1995 y, específicamente, a la adscripción provisional derivada del cese en puestos de trabajo de libre designación.

Como modo de provisión de puestos de trabajo, la libre designación [227] despliega su eficacia para proveer cargos de responsabilidad, tanto el art. 51.2º del RGI de 1995 como el art. 20.1º.b) de la LMRFP de 1984, acotan su ámbito subjetivo para cargos de Subdirector general, Delegados y Directores territoriales, provinciales o Comisionados de los Departamentos ministeriales, de sus Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, Secretarías de Altos Cargos de la Administración y aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.

La causa generadora de esta forma de provisión reside en la existencia de un motivo de confianza apreciada por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto o para seguir desempeñándolo. Como sabemos, la libre designación pertenece a la categoría general de los actos discrecionales, cuya característica principal es que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, STS de 13 junio 1997 [228] —con antecedentes en las SSTS de 10 de enero de 1997 [229] y 11 de enero de 1997 [230]—.

La pérdida de la confianza que motivó el nombramiento causa el cese del mismo. Así el art. 58.1º del RGI de 1995 y art. 20.1º e) de la

[227] *Vid*. Lorenzo de Membiela, *Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Aranzadi, 2002, Pamplona, pp. 163 y ss. y Beato Espejo, «La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: garantías jurídicas», Revista Española de Derecho Administrativo, 1987, 56, p. 585.

[228] (RJ 1997, 5143).

[229] (RJ 1997,406).

[230] (RJ 1997, 407).

LMRFP de 1984, apuntan que el funcionario nombrado para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional.

Ante este cese, el funcionario se encuentra en una posición administrativa confusa debido a la lentitud de proveerle en un puesto definitivo. Sería deseable una mayor concreción normativa y agilidad gestora que facilitase sin traumas el paso de un puesto directivo a otro predirectivo o ejecutivo en la organización. Posiblemente la incetivación retributiva seria un modo razonable de paliar los efectos negativos del cese junto a la atribución de tareas que pudieran aprovechar la experiencia directiva en beneficio de la Administración, siempre que todo ello fuera posible, que no siempre lo es.

II. La adscripción provisional: naturaleza jurídica

La adscripción provisional constituye la excepción a la regla general de la adscripción definitiva del funcionario a un puesto de trabajo inherente al derecho al cargo contenido en el art. 63.2º de la LF de 1964[231]. Sin embargo, los arts. 36.3º y 72 del RGI de 1995 la incluyen como medio de provisión temporal debido a que el adscrito se encuentra obligado a participar en la convocatoria inmediata para adquirir en propiedad la plaza que disfruta interinamente, art. 62.2º del RGI de 1995. Sin embargo, en esta situación, el funcionario goza de los mismos derechos profesionales y económicos previstos en la plaza que

[231] Principio este francamente devaluado en la Función Publica de tal modo que Martínez de Pisón lo ha definido como un derecho subjetivo público, complejo y limitado con un contenido mínimo esencial – *vid*. Martínez de Pisón, *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Civitas, Madrid, 1995, p. 102 y ss..

También, Gil Ibañez, « Las incompatibilidades de los funcionarios públicos: aspectos constitucionales», en *Función Pública*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1993, 7, s.p. [pero 81-124].

Puede observarse esta devaluación con más claridad en la legislación local en el RD-Ley 781/1996, art. 141.1.º, resaltada en Manzana Laguarda, *Derechos y deberes del funcionario público*, Tirant lo Blanch, 1996, Valencia, pp.128-9, nota 231.

En el ámbito de la jurisprudencia del TS, véase la Sentencia de 11 de marzo de 1992, (RJ 1992, 2143).

« [...] Tanto la doctrina jurisprudencial como la doctrina científica han afirmado que el funcionario público es titular del derecho al cargo, es decir, del derecho a no ser privado de la condición de funcionario, pero no es en cambio titular del derecho a obtener un destino concreto, ni en el caso de que pretendiera continuar en el puesto de trabajo que venía desempeñando y tampoco cuando el funcionario público desea ser trasladado a un destino diferente, todo ello siempre con la salvedad de aquellos destinos obtenidos mediante un procedimiento de provisión de puestos de trabajo que suponga la aplicación de un criterio legal o reglamentario basado en los méritos personales debidamente apreciados[...] ».

En el ámbito de la jurisprudencia del TC, entre otras, Sentencia de 11 de junio de 1987 (RTC 1987,99) y ATC 24 de octubre de 1988 (RJ 1988,1162).

ocupa y que vienen descritos en la RPT correspondiente. No genera derecho subjetivo alguno, de conformidad a la STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 1993 [232], entre otras, pues hay que diferenciar entre derechos adquiridos y las simples expectativas, tema muy debatido en la doctrina de los autores y tribunales [233].

Debemos distinguir con una finalidad explicativa entre el reingreso al servicio activo mediante adscripción provisional, art. 62.2º del RGI de 1995 y la adscripción provisional como consecuencia del cese de un puesto de libre designación, art. 72,3º. La desigualdad radica en que en la primera, la adscripción provisional esta condicionada a las *necesidades del servicio* de acuerdo con los criterios establecidos por el Ministerio de Administraciones Públicas, hecho éste no aplicable a la adscripción provisional por cese.

III. Creación del puesto de trabajo

La creación del puesto para ser proveído en adscripción provisional dependerá de si existe o no puesto conforme a las características exigidas. Si no fuera así la Comisión Ejecutiva de la Comisión-Interministerial de Retribuciones procederá a crear un puesto de características adecuadas, modificando al efecto la correspondiente Relación de Puestos de Trabajo. Concretamente, podemos diferenciar:

I. Cuando el cese se produzca en un puesto ubicado en los servicios centrales, el Ministerio u organismo donde estuviera destinado el funcionario procederá a la asignación de un puesto vacante disponible y adecuado a lo establecido en el RGI de 1995, Apdo. III.2.2.1.a) de la RESAP de 1996.

II. Cuando no exista puesto vacante disponible en el Ministerio u organismo competente, propondrá a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones la creación de un puesto de las características adecuadas. Dicha propuesta

[232] Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas (Ref. J,00159).

[233] *Vid*. Gil Ibañez, «Las incompatibilidades de los funcionarios públicos: aspectos constitucionales», en Función pública, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial,1993, 7, s.p. [pero 81-124]. Martín González, «la responsabilidad de la Administración y de los funcionarios públicos», en Estudio de la L.R.J. de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común II,Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994, 8, s.p. [pero 221-73] y Cámara del Portillo, «La Función Pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida», Revista Española de Derecho Administrativo, 1988, 57, pp.101 y ss., entre otros estudios.

será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión, Apdo. III.2.2.1.c) de la RESAP de 1996.

III. Cuando el cese se produzca en los servicios periféricos, el Delegado del Gobierno o el Subdelegado de Gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias, en caso de existir puesto vacante en el Ministerio u organismo donde se haya producido el cese, efectuará la asignación del correspondiente puesto de trabajo, Apdo. III.2.2.2.a) de la RESAP de 1996.

IV. Cuando no exista puesto vacante idóneo en el Ministerio u organismo, el Delegado del Gobierno o el Subdelegado de Gobierno, en el ámbito de sus respectivas competencias y a propuesta de los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada departamento, atribuirá el desempeño provisional de un puesto de trabajo vacante idóneo, Apdo. III.2.2.2.b) de la RESAP de 1996.

V. Si continuase sin existir puesto vacante idóneo, el Delegado del Gobierno o el Subdelegado de Gobierno en el ámbito de sus competencias, oídos los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada Departamento, determinará el centro o la unidad en que deberá crearse el puesto, e instará al Ministerio u organismo afectado a que eleve la propuesta a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones. Dicha propuesta será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión, Apdo. III.2.2.2.c) de la RESAP de 1996.

Si el funcionario pertenece a un cuerpo o escala que tenga atribuido puestos en exclusiva o a un cuerpo o escala al que corresponda desempeñar puestos no incluidos en las relaciones de puestos de trabajo, tanto se encuentre en Servicios Centrales como en periféricos, la asignación del puesto y, en su caso, la creación de puesto por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, se efectuará a propuesta del Ministerio de adscripción. Apdo. III.2.2.1.b) y Apdo. III.2.2.2.d) de la RESAP de 1996.

IV. Plazos de la Administración Pública para crear y proveer la plaza en adscripción provisional

Debemos distinguir dos: Primero, ¿cual es el plazo impuesto a la Administración Pública para crear la plaza ofrecida y ser provista en adscripción provisional?. Segundo, ¿cuál es el plazo para convocar esa

plaza y ser proveída definitivamente?: No determina nada el RGI de 1995.En cuanto a la primera, dado el vacío del Reglamento es aplicable la RESAP de 1996, que especifica diversos supuestos:

I) En el ámbito del Ministerio u organismo competente cuando exista vacante idónea ubicada en los servicios centrales, el Ministerio u organismo donde estuviera destinado el funcionario procederá en el *plazo máximo de quince días* a la asignación de un puesto vacante disponible y adecuado a lo establecido en los artículos 50.5, 58.2 y 72.3, Apdo. III.2.2.1.a) de la RESAP de 1996.

II) En el ámbito del Ministerio u organismo competente cuando no exista vacante idónea propondrá a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en el *plazo máximo de quince días* la creación de un puesto de las características adecuadas. Dicha propuesta será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión, Apdo. III.2.2.1.c) de la RESAP de 1996.

III) En el ámbito de los servicios periféricos, si existiera vacante idónea, el Delegado del Gobierno o el Subdelegado, efectuará la asignación en el *plazo máximo de quince días*, Apdo. III.2.2.2.a).

IV) En el ámbito de los servicios periféricos si no existiera puesto vacante idóneo el Delegado del Gobierno o el Subdelegado de Gobierno, a propuesta de los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada departamento, atribuirá en el *plazo máximo de quince días* el desempeño provisional de un puesto de trabajo vacante idóneo, a la vista de las necesidades de los servicios, Apdo. III.2.2.2.b). Matizar que la expresión *a la vista de las necesidades de los servicios*, únicamente opera para el reingreso al servicio activo, art. 62.2º del RGI de 1995, no para los supuestos de cese por libre designación, art. 58.2º del RGI de 1995.

V) En el ámbito de los servicios periféricos si continuase sin existir puesto vacante idóneo, el Delegado del Gobierno o el Subdelegado de Gobierno oídos los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada Departamento, determinará en el *plazo máximo de siete días*, a la vista de las necesidades de los servicios, el centro o la unidad en que deberá crearse el puesto, e instará al Ministerio u organismo afectado a que eleve la propuesta a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en *plazo máximo de otros siete días*. Dicha propuesta será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión, Apdo. III.2.2.2.c).

Queda justificada esta brevedad por la situación tan indefinida que sufre el funcionario con grave repercusión personal, daños morales éstos que deberían evitarse por varios motivos —y muy especialmente en estos tiempos en donde la motivación de los funcionarios exige grandes retos a una Administración que todavía hoy es renuente a asumir nuevas formas y estilos gerenciales— entre ellos, el menos relevante, sería el enfrentarse a posibles recursos contenciosos exigiendo indemnizaciones por tal concepto[234]. Durante este tiempo, la RESAP de 1996, Apartado. III.1º.d) prevé que hasta la asignación de puesto de trabajo podrá encomendarse al funcionario tareas adecuadas al cuerpo o escala al que pertenezca, si bien deberá ordenarlo las autoridades del art. 72.1º del RGI de 1995.

En cuanto a la segunda, el puesto asignado tendrá carácter provisional, pero la obligación de la Administración Pública de proveerlo definitivamente en un año sólo opera para el supuesto de reingreso al servicio activo, véase el art. 62.2º *in fine*, no para el de cese en libre designación, arts. 58.2º y 72.2º del RGI de 1995. Esta indefinición de la norma genera una clara irregularidad en tanto afecta directamente al derecho al cargo —recordemos que el régimen de aplicación a la adscripción provisional es similar a la libre designación, no al concurso—. Por ello, De Vicente Domingo[235], denuncia que la prolongación indefinida de las adscripciones provisionales desvirtúa la naturaleza temporal de este mecanismo y quiebra la seguridad jurídica de los derechos reconocidos al funcionario, principalmente, el carácter definitivo que es inherente al cargo. También Sánchez Morón, denunciando esta situación como rayana a la desviación de poder[236].

Si no obtuviere destino definitivo se le aplicará lo dispuesto en el artículo 72.1º de este Reglamento, quedándose nuevamente a disposición de la autoridad competente cuyo final será ubicarlo en otro puesto en adscripción provisional, art. 72.2º del RGI de 1995. Interpretando la extensión del precepto véase el Dictamen en atención de Consulta de 19 de marzo de 1997, que señala:

> «[...] El Reglamento de Ingreso y Provisión configura un régimen de garantía del puesto de trabajo condicionado a la obtención de otro con carácter definitivo, lo que implica para la Administración la obligación de sacar ese puesto a convocatoria pública, y para el funcionario la de participar en la misma.

[234] Véanse la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de febrero de 1999 (RJCA 1999,1878) y STSJ de Aragón de 30 de abril de 2001 (JUR 2001,284574).

[235] De Vidente Domingo, *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia,1997, pp. 160-1.

[236] Sánchez Morón, *Derecho de la función pública*, 3.ª Edic., Tecnos, 2001, Madrid, p. 170.

Por otra parte, debe tomarse en consideración que estas normas no hacen sino desarrollar a nivel reglamentario lo dispuesto en el artículo 21.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que refiere esa garantía del nivel de puesto de trabajo, a «los funcionarios que cesen en un puesto de trabajo», sin hacer distinciones en función de la forma de desempeño —provisional o definitiva— del mismo.

En consecuencia, en el supuesto de que no obtuviera definitivamente el puesto que ocupa en la actualidad, quedaría nuevamente a disposición del órgano competente, que procedería a la asignación de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal en el mismo municipio; ese puesto se desempeñaría con carácter provisional en tanto se obtuviera otro con carácter definitivo, subsistiendo la obligación del órgano competente de convocarlo para su provisión definitiva, y la del funcionario de participar en la convocatoria.

En lo que se refiere a los criterios para la localización y posterior asignación del puesto de trabajo, habrá que tener en cuenta los requisitos que reflejen las correspondientes relaciones de puestos de trabajo, y lo dispuesto en el apartado III.2.2 de la Resolución de 15 de febrero de 1996 de la Secretaría de Estado para la Administración Pública y de la Secretaría de Estado de Hacienda, por la que se dictan reglas aplicables a determinados procedimientos en materia de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo[...]».

V. Puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo y Escala

El funcionario cesado, art. 58.2º del RGI de 1995, se adscribirá provisionalmente a un puesto de trabajo correspondiente a su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal. Por ello, la STSJ de Andalucía, Granada, de 14 de diciembre de 1998[237], FD cuarto, califica de improcedente la adscripción provisional del funcionario a puesto de trabajo inferior en tres niveles.

Sin embargo, el precepto no obliga a la Administración Pública a que la adscripción provisional sea siempre inferior a los dos niveles de su grado personal, pues cabe que lo sea a un puesto con el mismo nivel de aquel en el cual fue cesado, véase la STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2000[238], FD tercero:

[237] (RJCA 1998,4954).
[238] (JUR 2001,19300).

«[...] El hecho de que otros funcionarios hayan sido adscritos a un nivel superior al del actor, no implica que la adscripción de éste no sea legal; la ley fija un límite, a saber, que la adscripción provisional sea para un puesto de trabajo inferior en más de dos niveles al de su grado personal; ello supone que puede ser de igual nivel, inferior en un nivel o inferior en dos niveles; por tanto, en el presente caso la Administración se ha movido dentro del marco legal permitido, por lo que su actuación es correcta[...]».

Circunstancia que contrasta con el contenido del Apartado III.1º.b) de la RESAP de 1996, que prevé que las retribuciones que devengará el adscrito será las que corresponda a un puesto inferior en dos niveles al de su grado personal. Este criterio es contradictorio con el art. 58.2º del RGI de 1995 y concretamente con la expresión «no inferior en dos niveles», de modo que la RESAP de 1996 vulnera el principio de jerarquía normativa del art. 9.3º de la CE. Y por ello, ante el supuesto que contempla la norma, las retribuciones podrán referirse no sólo al devengado en dos niveles inferiores sino que cabrá referir a cualquier nivel comprendido entre el consolidado y los dos inferiores.

Pero también se desestima la desviación de poder alegada cuando la adscripción provisional se produzca en otro puesto por inexistencia de plaza en el cuerpo exacto al que pertenece el funcionario aunque no coincida totalmente, STSJ de Baleares de 25 de mayo de 2001[239],FD cuarto. Doctrina de la que discrepo en tanto supone una vulneración clara de lo preceptuado en el art. 58.2º del RGI de 1995 que obliga a la Administración Pública ante la inexistencia del puesto de trabajo a crearlo.

Tanto la STSJ de Murcia de 30 de junio de 1999[240] como la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de marzo de 2000[241], prevén que la adscripción provisional no implica que tenga que ocupar un puesto de trabajo igual o análogo al anterior, pues la idoneidad se ha de mover dentro de los parámetros del grupo y escala o cuerpo razona. El FD segundo de la segunda sentencia determina:

«[...] Esta adscripción provisional no implica, [...] que tenga que ocupar un puesto de trabajo igual o análogo al anterior; pues la idoneidad se ha de mover dentro de los parámetros del grupo y escala o cuerpo; y ello es lo que se ha realizado, aunque adscribiéndole a un puesto de trabajo con un nivel de complemento de destino diez, superior al mínimo estable-

[239] (JUR 2001,214586).
[240] (RJCA 1999,1588).
[241] (RJCA 2000,506).

cido para el grupo D, que es el nueve, según prevé el art. 71 del Reglamento de Ingresos, posibilidad prevista en los arts. 21 y 23, de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984\2000, 2317, 2427 y ApNDL 4924), modificada en 1988 (RCL 1988\1643), siempre, eso sí, con la garantía de percibir el complemento de destino correspondiente a su grado personal, en este caso nivel 18, que ha quedado consolidado entre sus derechos retributivos, según garantía reconocida en el art. 21.2.a), de la Ley 30/1984. Y con respecto al complemento específico, al no ser consolidable y estar vinculado al puesto de trabajo, según se previene en el art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, es manifiesta su legalidad. Argumentos que nos han de llevar a desestimar el presente recurso por ser el acto administrativo definitivamente impugnado conforme a Derecho (arts. 67, 68 y 70, todos ellos de la Ley Reguladora [RCL 1998\1741]); sin costas (arts. 68.2 y 139, ambos de la Ley Jurisdiccional)».

VI. La Adscripción provisional en el mismo Departamento o en sus Organismos adscritos y en el mismo municipio

La adscripción provisional se llevará a cabo en el mismo Departamento o en sus organismos adscritos y en el mismo municipio de conformidad a los arts. 58.2º y 72.1º del RGI de 1995 y apartado III.1.a) de la RESAP de 1996.

De hecho, necesariamente, el destino posterior atribuido al funcionario cesado deberá serlo en adscripción provisional, por tratarse de un nombramiento como consecuencia de un cese en un puesto de libre designación. Así lo dispone el Dictamen en atención de Consulta 14 de junio de 1991 [242] ante el nombramiento como Jefe de Servicio, sin la correspondiente convocatoria para la cobertura del puesto ni la pertinente adscripción provisional:

> «[...] En consecuencia, la provisión del puesto de Jefe de Servicio ha de ser, necesariamente, por adscripción provisional, y así ha de constar en el Impreso de «Formalización de la toma de posesión en el puesto de trabajo» (F.2 R); por tratarse de un nombramiento como consecuencia de un cese en un puesto de libre designación.
>
> Señalar, por último, que el puesto de Jefe de Servicio ha de convocarse para su cobertura definitiva, estando obligado el funcionario que lo desempeña con carácter provisional a participar en la convocatoria».

[242] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C2/5.1).

El puesto estará ubicado en el mismo municipio de destino, sin embargo, cabe escoger otro, en localidad diferente, cuando lo provisione definitivamente, es decir, existe una clara dualidad: o bien mantenerse en su puesto provisoriamente o bien optar a uno definitivo. Esa opción constituye un derecho del funcionario inherente a su derecho al cargo del art. 72 del RGI de 1995. Por ello, cabe apreciar lesivo al art. 72 que la adscripción lo sea a un puesto de trabajo amortizable, STSJ de Santa Cruz de Tenerife, Canarias, de 15 de marzo de 1999 [243], FD segundo.

En cuanto a funcionario de la Administración General del Estado que dimite en libre designación en Comunidad Autónoma, el Dictamen en atención de Consulta de 9 de julio de 1991 [244], prevé su adscripción provisional en la Administración General siempre que exista puesto vacante dotado presupuestariamente. El dictamen señala:

> «Dado que el interesado se encuentra en la situación administrativa de Servicios en Comunidades Autónomas sólo podrá obtener destino en la Administración del Estado mediante su participación en las convocatorias que se efectúen para la provisión de puestos de trabajo por el sistema de concurso y libre designación o a través de la adscripción con carácter provisional a un puesto vacante dotado presupuestariamente[...]».

VII. Consolidación de grado durante la adscripción provisional

El tiempo de servicios prestados en adscripción provisional por funcionarios cesados en puestos de libre designación no se considerará como interrupción a efecto de consolidación del grado personal si su duración es inferior a seis meses, art. 70.8º del RGI de 1995.

El Acuerdo de la CSP de 13 de julio de 1995 [245] expone las diversas incidencias en la consolidación del grado personal en adscripción provisional por cese en el puesto de trabajo. Por ello cabe diferenciar que si el puesto atribuido provisionalmente fuera de nivel inferior al del grado en proceso de consolidación, quedará interrumpido al cómputo del plazo para la consolidación del mismo. Si el funcionario obtuviese posteriormente un puesto de igual o superior nivel al del grado en proceso de consolidación, si la interrupción hubiera sido inferior a seis meses, volverá a correr el plazo de dos años necesarios para consolidar el mismo, pero si la interrup-

[243] (RJ 1999, 684).
[244] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C3/4.1).
[245] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. A/0311).

ción hubiera sido superior a seis meses, será preciso el desempeño de tres años para su consolidación.

Igualmente, el Acuerdo rechaza la eficacia, a efectos de cómputo para consolidar grado, de la adscripción provisional en un puesto de nivel inferior.

Pero es posible que puedan consolidarse los grados intermedios cuando se obtenga dicho puesto con carácter definitivo, Dictamen en atención de Consulta de 17 de septiembre de 1992[246] que reproduce lo contenido en el Acuerdo de 20 de julio de 1992 de la CSP.

El contenido del dictamen expone:

> «Este supuesto plantea la duda de si es posible computar el tiempo de servicios prestado con carácter provisional al objeto de entender cumplida la previsión del artículo 25, apartado2 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, de 15 de enero de 1990, según el cual los funcionarios que obtengan un puesto de trabajo superior en más de dos niveles al correspondiente a su grado personal, consolidarán cada dos años de servicios continuados el grado superior en dos niveles al que poseyesen.
>
> La Comisión Superior de Personal en su sesión de30 de julio de 1991, dictaminó que a los servicios prestados con carácter provisional o accidental le es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 8.5 del Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, de 15 de enero de 1990, para las comisiones de servicio de carácter temporal.
>
> El citado artículo 8, apartado 5 dispone que «el tiempo prestado en comisión de servicios, previsto en el presente artículo, será tenido en cuenta a efectos de consolidación del grado personal correspondiente al nivel del puesto desde el que se produce la comisión, salvo que se obtuviera mediante la oportuna convocatoria destino definitivo en el puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios o en otro del mismo nivel, en cuyo caso, será tenido en cuenta para la consolidación del grado correspondiente a éste último, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25, apartado 2, párrafo segundo, de este Reglamento».
>
> Ahora bien, respecto a la posibilidad de consolidación de los grados intermedios por el transcurso del tiempo legalmente exigido, la Comisión Superior de Personal se ha pronunciado en su sesión celebrada el 20 de julio de 1992, adoptando el siguiente acuerdo:
>
> «A los funcionarios que teniendo un grado personal consolidado desempeñen con destino provisional puestos obtenidos posteriormente con carácter definitivo, deben aplicárseles las reglas del artículo 25.2 segundo párrafo, del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo, debiendo entenderse por tanto que cada dos años de desempeño provisional han consolidado el grado superior en dos niveles al que poseían».

[246] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C6/3.3).

El art. 72.2º del RGI de 1995 obliga a ofrecer los puestos cubiertos provisionalmente en concurso para ser proveídos con carácter definitivo de conformidad a los sistemas recogidos en las relaciones de puestos de trabajo. Se impone a los funcionarios que los desempeñen una obligación legal de participar en las correspondientes convocatorias.

Conforme al art. 70.8º del RGI de 1995 el tiempo de servicios prestado en adscripción provisional por los funcionarios removidos en puestos obtenidos por concurso o cesados en puestos de libre designación no se considerará como interrupción a efectos de consolidación del grado personal si su duración es inferior a seis meses.

VIII. Toma de posesión en el puesto ofrecido en adscripción provisional

Ni la LMRFP de 1984 ni el RGI de 1995 determinan el plazo para que el funcionario cesado tome posesión del puesto ofrecido en adscripción provisional. Ante este silencio, el Dictamen en atención de Consulta de 6 de abril de 1995[247] determina que la incorporación de tales funcionarios al puesto asignado deberá ser inmediata, una vez hayan sido notificados de su adscripción provisional al mismo. Sin embargo, el dictamen reitera que estos funcionarios quedan a disposición del Subsecretario, Director del Organismo, Delegado del Gobierno o Gobernador Civil, lo que literalmente significa *hallarse aptos y con capacidad para hacer o lograr algún fin*.

IX. Efectos económicos de la adscripción provisional

Los efectos económicos derivados de la adscripción provisional serán a partir del día siguiente al de la fecha del cese, art. 58.2º del RGI de 1995 *in fine*. Sin embargo debemos diferenciar dos momentos distintos con diferentes retribuciones: el primero referido al momento en el cual el funcionario es cesado y antes de ser adscrito provisionalmente. El segundo una vez producida la adscripción provisional.

En cuanto a la retribución debida en el primer caso, la RESAP de 1996, Apdo. III.1º.b), prevé que continuará acreditando en nómina las

[247] Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C9/5.6).

retribuciones básicas, el complemento de destino de su grado personal y las dos terceras partes del complemento específico que corresponda a un puesto de nivel de complemento de destino inferior en dos niveles al de su grado personal, complemento específico que se determinará según la Resolución de 29 de noviembre de 1995 de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones, que establece los criterios para la asignación de puesto de trabajo en los supuestos previstos en el artículo 7 del Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado y en los artículos 50.5º y 58.2º del RGI de 1995(RCIM de 1995).

El Apdo. III.1º.c) de RESAP de 1996 prevé que cuando el funcionario pertenezca a un cuerpo o escala que tenga atribuidos puestos en exclusiva o a un cuerpo o escala al que corresponda desempeñar puestos no incluidos en las relaciones de puestos de trabajo las retribuciones serán abonadas por el Ministerio u organismo al que inicialmente se destine al funcionario y, en su defecto, por el Ministerio de adscripción.

En cuanto a las retribuciones del puesto en donde se haya adscrito provisionalmente al funcionario serán las especificadas para el puesto creado de conformidad a las previsiones de la RCIM de 1995, Criterio tercero, 3.1º, asignándole un complemento específico que deberá ser, al menos, uno de los comprendidos entre los normalizados más frecuentes del nivel y área correspondiente al nuevo puesto de trabajo, Apdo. III.1º.f) de la RESAP de 1996.

X. Autoridad que atribuye la adscripción provisional

La atribución provisional del puesto de trabajo se llevará a cabo por los siguientes órganos de conformidad al art. 72.1º del RGI de 1995:

a) Los Subsecretarios en el ámbito de su Departamento, así como entre el Departamento y sus Organismos autónomos y en su caso, Entidades Gestoras.
b) Los Presidentes o Directores de Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social respecto de los funcionarios destinados en ellos.
c) Los Delegados del Gobierno y Subdelegados [248], en el ámbito de sus respectivas competencias, a propuesta de los Directores o Jefes de unidades de los servicios periféricos de cada Departamento.

[248] En cuanto a los Gobernadores civiles, véase la Ley 14 de abril de 1997, núm. 6/1997, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, Disp. transitoria segunda, suprimiéndolos por los Subdelegados de Gobierno.

En el ámbito universitario, el Dictamen en atención de Consulta 13 de diciembre de 1996 [249], determina que el funcionario de la Administración del Estado que haya sido cesado de un puesto de trabajo de una Universidad cuya forma de provisión es la de libre designación queda a disposición del Rector. Sólo cuando no existan vacantes dotadas presupuestariamente o cuando las existentes no las pueda desempeñar ese funcionario de la Administración del Estado, por no reunir los requisitos establecidos en la Relación de Puestos de Trabajo, sería admisible el reingreso a la Administración de origen, y sería el Ministerio al que estuviera adscrito el Cuerpo o Escala del funcionario, a quien correspondería excepcionalmente atribuir un puesto con carácter provisional.

XI. Validez del tiempo en adscripción provisional a efecto de poder participar en concursos de provisión

El Dictamen en atención de Consulta de 20 de diciembre de 1999 [250], sobre la dicción del art. 41.2º del RGI de 1995, señala que al establecer la exigencia de que los funcionarios permanezcan en cada puesto de trabajo de destino definitivo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión, señala una serie de excepciones entre las que no se incluye el cómputo del tiempo de permanencia en adscripción provisional por lo que el período de dos años comenzará a computarse desde la fecha de la toma de posesión del puesto una vez que se obtuvo de manera definitiva.

XII. Cese en el puesto de trabajo adscrito provisionalmente

No prevé la normativa vigente disposición alguna referida al cese del adscrito provisionalmente. El Dictamen en atención de Consulta de 25 de abril de 1996 [251], aplica analógicamente el régimen del cese de la libre designación a los proveídos en adscripción provisional. De este modo, la CSP dictamina que nada impide a la Administración General del Estado disponer el cese de un funcionario en el puesto que ocupa en adscripción provisional, pero dicho funcionario goza de las garantías que la norma establece para los funcionarios cesados en un puesto de libre designación, por lo que la Administración deberá

[249] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C10/5.2).
[250] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C13/5.1).
[251] (Base de Datos Documental del Ministerio de Administraciones Públicas, ref. C10/5.3).

reconocerle el correspondiente puesto de trabajo en la misma localidad y no inferior en más de dos niveles al de su grado personal. Lo que puede resultar algo llamativo a menos que en el ínterin del cese sea amortizada la plaza y deba l funcionario ser adscrito a otro Ministerio u Organismo, ya sea en el ámbito de los Servicios Centrales o en los periféricos. Esta opción si bien posible y cuando se derivasen daños al perjudicado podría ser fiscalizada por los tribunales de lo contencioso por fraude de ley.

UN MODELO DE PÓLITICA DE VIVIENDA PÚBLICA SUPERADO: EL BARRIO DE LA CELSA EN MADRID

POR
SILVIA PÉREZ BLANCO
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSPORTES
INSTITUTO DE REALOJAMIENTO E INTEGRACIÓN SOCIAL

I. PLANTEAMIENTO

El presente artículo pretende reflejar lo que ha sido un determinado y concreto modelo de **política de vivienda pública** por dos administraciones (municipal y autonómica) para un tipo de población muy específico, como es el de colectivos de rentas bajas o muy bajas y población marginada en Madrid capital.

Así, se formó el **Consorcio de Población Marginada** en 1986, entre el Ayuntamiento de Madrid (a través de la Empresa Municipal de la Vivienda —E.M.V.—), la Comunidad de Madrid (a través de la Consejería entonces competente, de Política Territorial, y de su organismo autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid -IVIMA-) y con una participación más formal que real, la Delegación del Gobierno en Madrid.

La Administración Autonómica de entonces y el Ayuntamiento, fueron muy conscientes de las acuciantes necesidades de vivienda y del elevado grado de chabolismo e infravivienda existente en Madrid, por lo que de conformidad con el art.47 de la Constitución Española, que proclama el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, abordaron un proyecto ambicioso en cuanto a la inversión y al fin pretendido, cual fue la construcción en los barrios de la Celsa y la Rosilla de Madrid de viviendas de tipología especial. Con ello se conseguiría suprimir el chabolismo en esa zona y realojar a esa población en viviendas dignas, lo que supondría un paso a delante de cara a la integración social de esas personas, mayoritariamente de etnia gitana. En este breve comentario nos centraremos en uno de los dos barrios, en concreto en el de **la Celsa**, para lograr un estudio más detallado.

Así, constituido el citado Consorcio de Población Marginada, se edificaron en la Celsa, **96 viviendas de tipología especial**, que fueron

construidas por PROVICAM (Promotora de Viviendas de la Comunidad de Madrid) y entregadas al Consorcio (ya formado únicamente por el Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid) en diciembre de 1995.

En esas 96 viviendas - que eran de tres tipos, según el tamaño y las necesidades familiares, se realojó a toda la población chabolista que estaba debidamente censada, y reunía los requisitos legales para ello (rentas mínimas, unidad familiar, no tener otras viviendas, ni propias ni de protección oficial...).

Como **datos positivos** de esa operación destacamos, la reducción sensible del chabolismo en el barrio, con lo que ello conlleva de mejora de las condiciones de salud, higiénicas y sanitarias tanto para las familias como para la sociedad madrileña en general.

Sin embargo, ya se plantearon y el paso del tiempo confirmó, la existencia de **aspectos muy negativos** y de graves problemas sociales. Así, el modelo elegido por la Administración autonómica anterior, supuso la formación de guettos, ya que en vez de realojar a la población chabolista en viviendas de altura dispersas por todo Madrid y provincia, se la concentró en dos barrios (la Celsa y la Rosilla) con lo que se estaba fomentando la aparición de fenómenos como la marginación, la exclusión social, la droga y en definitiva, la falta de una auténtica integración social de un colectivo como era el de la población gitana.

Por ello, ese modelo quebró a los pocos años y hubo que plantearse una solución drástica pero al fin y al cabo eficaz: el derribo de esas viviendas y el realojo de las familias en viviendas «normales» de altura, no de tipología especial, en muy diferentes municipios y barrios, con lo que se facilita (conseguirlo en la realidad depende de otros factores) la verdadera reinserción de esa población.

Este fue el modelo adoptado por la **actual administración autonómica**, que partió del deterioro palpable de esos dos barrios, desde que empezaron a habitarse (diciembre 1995, principios de 1996) convirtiéndose en supermercados de la droga, bolsas de pobreza y nidos de exclusión social.

Por ello, se decide extinguir el Consorcio de Población Marginada y crearse en su lugar (ya con la sola presencia de la Administración autonómica) **el Instituto de Realojamiento e Integración Social** (IRIS), por Ley 16/1998 de 27 de octubre (BOCM de 30 de octubre); dicho ente publico, dependiente de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, tiene como finalidad la eliminación del chabolismo y la infravivienda, y asignar viviendas adecuadas a quienes necesitan progresar e integrarse en la sociedad.

Para ello, el citado Instituto se marcó como actuación prioritaria, el hacer efectivo el **acuerdo de 22 de abril de 1999** del Consejo de

Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se aprueba el derribo de La Celsa y La Rosilla y el consiguiente realojo de las familias a efectuar por el IRIS y el IVIMA.

En ese mismo año 1999 empiezan los derribos, concluyéndose la operación en diciembre de 2000, en que se derribó el último inmueble, realojándose a lo largo de esos dos años a las familias en viviendas de altura en Madrid y provincia.

En este comentario, se aborda someramente, la problemática **jurídica** (análisis de los instrumentos utilizados: convenios, leyes y acuerdos), **y social** (estudio de los problemas que planteó la operación de principio a fin y de las soluciones adoptadas por los poderes públicos), para un caso concreto de política de vivienda pública.

Para concluir esta primera parte hacemos un **resumen** de la ubicación física, de la **situación urbanística y de la historia social y jurídica de la Celsa**.

- El barrio de La Celsa se encuentra **ubicado** en la antigua carretera de Villaverde a Vallecas (Km. 4) frente al Pozo del Tío Raimundo, en el distrito de Puente de Vallecas. A su vez, dicho distrito está situado en el nudo de la M-40 con la M-602, frente a Mercamadrid.

La extensión que ocupa el barrio es de 18.727 metros cuadrados.

- La **situación urbanística** históricamente es la siguiente:

En el *avance del Plan general de 1995*, aparecía calificado como zona verde básica y por tanto, no edificable. No obstante, el Gerente Municipal de Urbanismo, autorizó el 24 de enero de 1995, la ocupación del suelo hasta que el Consorcio de Población Marginada completara la labor social encomendada, para la integración de las familias existentes.

El Consorcio presentó las correspondientes alegaciones urbanísticas al Plan General, solicitando la regulación urbanística de la edificación allí consolidada, es decir de las 96 viviendas, con una superficie edificable de 8.010 metros cuadrados y una edificación de escuela infantil.

A consecuencia de ello, el Ayuntamiento de Madrid modificó la calificación y en el *nuevo Plan General de 1997*, lo calificó de suelo urbano respecto de la zona urbanizada, y constituyendo la escuela infantil un equipamiento básico. La superficie edificada era de 8.010,48 metros cuadrados y dentro del Plan General de Ordenación Urbana de 1997, se encuentra en el plano de ordenación O-91/5.

La **historia del barrio** propiamente dicha, arranca de la *década de los cincuenta* cuando algunos obreros que trabajaban en la fábrica de

cerámica que dio nombre al barrio, se autoconstruyeron sus propias infraviviendas.

En los *años sesenta*, una cincuenta familias fueron trasladadas a la U.V.A de Villaverde, pero las chabolas que dejaron desocupadas fueron habitadas por familias gitanas. En 1968, las últimas familias payas que quedaban en la Celsa, se fueron a vivir al poblado de La Alegría en el Pozo del Tío Raimundo.

En 1970, se produjeron graves inundaciones que destruyeron parte del barrio, por lo que se construyó la Colonia Manuel Jiménez, con 38 prefabricados para ubicar a las familias cuyas casas habían sido destruidas, la cual se situó en una zona más elevada, justo en frente a la Celsa.

En los *años ochenta* la Dirección General de Arquitectura y Vivienda, realojó a 80 familias en la llamada Unidad Vecinal 5 de Entrevías. Finalmente, cuando se crea en *1986* el Consorcio de Población Marginada se efectúa el **censo de la población chabolista** (con la finalidad de cara al futuro de evitar el fraude de dar en arrendamiento una vivienda pública a todo aquel que se construyera una chabola) resultando que el número de familias era de 176.

Desde ese año, **hasta 1995** en que se termina la construcción de la Celsa, se produce un incremento vegetativo del 25% con la formación de 45 nuevas familias, lo que añadido otras 7 familias que procedentes de otros núcleos chabolistas se asentaron allí, suman un total de 228 familias que abandonan sus chabolas y son realojadas por la Administración en el nuevo barrio de la Celsa, en 1996 en que empiezan a habitarse las nuevas 96 viviendas.

La historia de la construcción de las viviendas arranca de *1989* en que se proyecta la Unidad de Realojamiento de La Celsa por la Empresa Municipal de la Vivienda, iniciándose las obras en *1991* por la propia EMV. La empresa adjudicataria suspende pagos, por lo que las obras se paralizan.

En *1994* (28 de diciembre), se firma un convenio de colaboración entre la EMV y el IVIMA, en el que entre otras cosas, *«la EMV cede al IVIMA la promoción de las 96 viviendas de la Celsa en la situación constructiva en que se encuentran»*; a consecuencia de lo cual, el 26 de enero de 1995, se firma por ambos organismos el acta de recepción de La Celsa, con el objeto de que por el IVIMA se realice a su costa el resto de la obra que se encontraba paralizada.

Las obras continúan a lo largo de 1995, por PROVICAM y el IVIMA, entregándose las 96 viviendas acabadas al Consorcio en diciembre de *1995*.

Con motivo de la extinción del Consorcio de Población Marginada éste se liquida y transfiere al Instituto de Realojamiento el 19 de

noviembre de *1998*, la Celsa, con todo lo que le es inherente. En junio de *1999* comienzan los derribos de las viviendas, finalizándose completamente en diciembre de *2000*.

II. Análisis social y jurídico

Como ya se ha dicho en el planteamiento, la operación de construcción del nuevo barrio de La Celsa, empezó en 1991 y tenía por objetivo inmediato que las familias que allí vivían en chabolas pasaran a vivir en viviendas dignas sin cambiar de barrio. Para ello, fue necesario un esfuerzo de construcción que se vio truncado durante los años 92, 93 y casi todo el 94, por la suspensión de pagos de la empresa adjudicataria y otras dificultades económicas.

El **28 de diciembre de 1994**, se produce un impulso decisivo para la construcción del barrio, con la firma del **Convenio de Colaboración** entre el IVIMA y la EMV, es decir, los dos organismos de la Comunidad de Madrid y del Ayuntamiento en materia de Vivienda, que permite reiniciar las obras por el propio IVIMA y por PROVICAM.

Los convenios de colaboración son, grosso modo, instrumentos jurídicos que plasman acuerdos (no tienen categoría de contratos, sean civiles o administrativos) entre Administraciones Públicas u organismos dependientes de ellas, de cara al cumplimiento de objetivos determinados que interesan a ambos. Están regulados en el art. 6 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/99, teniendo en cuanta siempre que el convenio recoge el deber de colaboración y cooperación que en la materia concreta de vivienda rige para ambas Administraciones Públicas.

Del convenio, lo más importante es el acuerdo primero por el que la EMV cede al IVIMA la promoción de las 96 viviendas de La Celsa; dicha cesión se entiende libre de cargas respecto de terceros, asumiendo la EMV, únicamente el coste de la obra ya ejecutada y no satisfecho a la sociedad constructora. Como inmediata consecuencia del convenio, se firma el **acta de recepción** de la obra, en el estado en que se encuentra el 26 de enero de 1995.

El convenio citado impulsó las obras que concluyeron en diciembre de 1995, como ya se ha dicho. La **tipología de esas 96 viviendas**, era como sigue: A) 24 viviendas de 4 dormitorios de 86,36 metros cuadrados; B) 48 viviendas de tres dormitorios de 76,39 metros cuadrados; y C) 24 viviendas de 2 dormitorios de 50,01 metros cuadrados.

El **precio de los alquileres** que el Consorcio cobraba a las familias arrendatarias era de: 11.000 pta mensuales para las de dos dormitorios, 13.000 pta para las de tres dormitorios y de 15.000 pta para los de cuatro dormitorios, con reducciones para los pensionistas y las familias numerosas. Aunque salta a la vista que las rentas están fijadas atendiendo a las circunstancias socio económicas de esa población, no es menos cierto que en la mayoría de los casos las mismas se impagaban sistemáticamente, por lo que pasado el tiempo, fue necesario la reclamación de las rentas ante los tribunales civiles.

Una vez **finalizadas las viviendas** tiene lugar de forma rápida y simultánea, el derribo de las chabolas existentes en el barrio, y el realojo de las familias con derecho a ello en las casas de tipología especial. Las familias que las ocuparon procedían en su mayoría de la propia Celsa, pero también se realojaron allí familias procedentes de otros núcleos chabolistas de la Avda. Guadalajara, San Fermín, Cerro Mica, y Liebres, principalmente. Dicho proceso de realojamiento se hizo de forma ordenada y eficaz, principiando el 5 de diciembre de 1995 y finalizando el 16 del mismo mes.

Se derribaron la totalidad de las chabolas e infraviviendas de la Celsa (lo cual no impidió que con el paso de los meses se volvieran a construir nuevos asentamientos ilegales al rededor del barrio).

Con la construcción de estas **viviendas de tipología especial**, se pretendía que las familias se fueran adaptando progresivamente e integrando socialmente, ya que no olvidemos que el propio Consorcio de Población Marginada, a través de sus trabajadores y educadores sociales, ejercía una labor educativa y social importantísima cuyos frutos se verían a medio y largo plazo: escolarización de los menores, control de la vacunación obligatoria de los mismos, alfabetización de población adulta —especialmente mujeres— búsqueda de empleo para población joven... A medida que se vieran los avances de cada familia se las podría ya trasladar a viviendas de altura.

Analizado ya la construcción y la ocupación de la nueva Celsa, vamos a mencionar, que no analizar —ya que este no es un trabajo de la problemática social— los **graves problemas que se formaron en esos tres años** (1996, 97 y 98 y parte del 99) que determinaron la adopción del acuerdo de derribo.

El principal de ellos, salta a la vista, y no es más que la formación de un barrio **gueto**, en el que solo viven familias de etnia gitana, con lo que se fomenta y se retroalimenta la exclusión social y la marginación; la cual se agrava por costumbres «con rango de ley» del propio colectivo gitano, como son la obligación de casarse con personas (tanto en hombres como mujeres) gitanas, y siempre por el «rito gitano» (no reconocido civilmente en el ordenamiento jurídico), la edad

muy joven de contraer matrimonio: 16 a 18 años, la actividad de venta ambulante, la necesidad de ayudar en el trabajo en casa o fuera, en cuanto se llega a los 13-14 años, con lo que se finaliza la escolaridad obligatoria...

A consecuencia de ello, se formaron bolsas de pobreza, con las drogas como habituales compañeras y el paro como causa y/o efecto.

Se hacía necesario un **repuesta eficaz** por parte de los poderes públicos, y ello vino por la actual Administración autonómica, decidiéndose el derribo de las viviendas que tanto tiempo y dinero habían costado, pero con la finalidad de lograr un verdadero realojamiento de esas familias y dispersarlas en toda la provincia de Madrid, en viviendas de altura.

Ello se hizo a través de la **supresión del Consorcio** de Población Marginada y la consecuente **creación** del Instituto de Realojamiento e Integración Social (**IRIS**) en 1998 y posteriormente, la adopción por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, en 1999 del **Acuerdo** para el derribo de los barrios de la Celsa y la Rosilla, y el realojamiento de su población en viviendas de altura.

Analizando el **primer aspecto**, en esta **nueva fase,** se aborda el problema desde una única Administración, con más competencias y medios humanos, materiales y económicos que los Ayuntamientos. Para la creación del **IRIS**, se adopta la forma de **ente de derecho** público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar pública y privada.

Este tipo de organismo es más ágil y flexible que otros tipos (organismo autónomo, empresa pública...) de cara a la labor de compra de viviendas, realojo de familias y seguimiento de la situación socio laboral de las mismas. Por ello, para la compra, arrendamiento, cesión y venta de viviendas, el IRIS se rige por el ordenamiento jurídico privado.

La creación del IRIS se hizo por **Ley** de la Asamblea de Madrid **16/98 de 27 de octubre**, y en la misma se dispone la supresión del Consorcio de Población Marginada desde la fecha de entrada en vigor de la ley, y la subrogación en la titularidad de todos

los bienes, derechos y obligaciones, que pasan a ser de titularidad del IRIS.

Aun cuando pueda pensarse que el instrumento jurídico utilizado (una ley) puede adolecer de falta de concreción, no es menos cierto que la ley fija con claridad los objetivos, y que en la práctica, los presupuestos generales de la Comunidad de Madrid y en concreto los de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, incluyen una amplia dotación presupuestaria para el IRIS de cara al cumplimiento de sus fines, que se resumen en la cesión en arrendamiento de viviendas de integración social a la población más necesitada; princi-

palmente, las que habitan en chabolas, infraviviendas o en viviendas provisionales y en condiciones de exclusión social, con el fin de facilitarles su integración y progreso en sociedad.

Lo característico de la política de vivienda de este ente público, es que no se firma únicamente con el inquilino y su familia, un simple contrato de arrendamiento, con renta muy baja, sino que se **procura una efectiva integración de la familia** en la nueva zona donde va a vivir, instándole al cumplimiento de unos compromisos sociales, cuales son entre otros, el pago de las cuotas a la comunidad de propietarios, la matriculación de los niños en edad escolar en los Colegios e Institutos de la zona, la vacunación de los niños en los hospitales y centros de salud...

Por último, el IRIS cuenta con unos centros llamados de «promoción comunitaria», ubicados en muy diversos municipios de Madrid (Alcalá, Valdebernardo, Getafe, Leganés, Vallecas, Vicálvaro...) que coadyuvan a la eficaz inserción de la familia en el nuevo barrio; hacen de enlace con la nueva comunidad de vecinos tratando de mediar en las situaciones problemáticas, facilitan información a la familia sobre temas de enseñanza, sanidad, oportunidades laborales...

Procede estudiar ahora el segundo aspecto referido ut supra, cual es el **Acuerdo del Consejo de Gobierno de 22 de abril de 1999**, por el que se aprueba el programa de actuación relativo a los realojos, derribos y levantamiento de urbanizaciones de los poblados de la Celsa y la Rosilla, a efectuar por el Instituto de Realojamiento e Integración Social y el Instituto de la Vivienda de Madrid. El gobierno de la Comunidad utilizó la técnica del acuerdo o acto administrativo inmediatamente ejecutivo, y no otra figura como un Decreto, ya que no se trataba de regular nada, por lo que no procedía dictar una norma jurídica.

El acuerdo tuvo como **objetivo**, lisa y llanamente, *«poner en marcha las actuaciones relativas al **desmantelamiento** de la Celsa y La Rosilla»*. Para dicho objetivo, se articulan **tres mecanismos** sucesivos en el tiempo:

1.º Proceder al realojo de la población residente en los dos poblados, que se acometerá por el IRIS.
2.º Acometer el derribo de las edificaciones de dichos poblados, que se efectuará por el IVIMA, mediante la contratación de la misma.
3.º Levantamiento de las urbanizaciones que se acometerá por el IVIMA.

El propio acuerdo lo dota de una financiación adecuada, consistente en cuanto a la Celsa: 900 millones para el objetivo 1.º, 95

millones para el 2.º, y 25 millones para el 3.º; en total la inversión prevista era de 1.030 millones de pesetas.

El desmantelamiento empieza en junio de 1999 y termina en julio de 2000, con 96 viviendas desmontadas, 106 familias realojadas y 8 familias desalojadas ya que no tenían derecho legal al realojamiento. El total de la inversión al final fue ligeramente superior al autorizado inicialmente, ascendiendo a 1.313 millones de pesetas invertidos.

III. Conclusiones

La experiencia del barrio de La Celsa, como la de otros poblados de tipología especial (v.gr. el de «Las Liebres» en el madrileño distrito de Fuencarral, a cuyo desmantelamiento se está procediendo en la actualidad) ha supuesto un punto de inflexión en los criterios de la Administración Autonómica en cuanto a las **políticas de vivienda pública** para los colectivos sociales más desfavorecidos.

En efecto, el corto periodo que supuso la construcción y el derribo de la Celsa (1991-2000), ha servido de experiencia para que las autoridades competentes adviertan el error de planteamiento cometido al inicio, por muy buena voluntad que tuviera el gobierno regional en 1991 para intentar paliar el problema de la carestía de vivienda. Ello supuso un coste económico y social muy elevado, principalmente porque se quiso aislar en un núcleo a un tipo de población ya de por si marginada, con lo que su situación socio-económica se agravó, construyéndose un auténtico gueto.

Afortunadamente, con el gobierno de 1995, se rectificó, no solo acordando el derribo del poblado construido sino sobre todo trasladando a las familias a viviendas dispersas por diferentes municipios de la Comunidad de Madrid, y acompañándolo de un trabajo educativo y social con las mismas.

Con ello se demuestra que la política de vivienda pública, no es solo construir lo más rápidamente posible, viviendas de protección oficial y arrendarlas a la población más necesitada, sino que abarca muy diversos aspectos económicos y sociales: rentas de alquiler asequibles, cumplimiento de la escolarización obligatoria de los menores de 16 años, inculcar hábitos de convivencia vecinal... En este sentido es preciso también recabar el esfuerzo de las comunidades de propietarios que reciben a nuevos y en ocasiones problemáticos vecinos.

Por último, destacar que las recientes **novedades legislativas** en la Comunidad de Madrid, se enmarcan en esta línea de actuación. Así el **Decreto 11/2001** de 25 de enero, por el que se regula la finan-

ciación cualificada a actuaciones protegidas en materia de vivienda y su régimen jurídico para el periodo 2001-2004. En él se regulan los tres tipos de viviendas con Protección Pública: las viviendas con protección pública para venta o uso propio, las viviendas con protección pública para arrendamiento, y las **viviendas de integración social**.

Así mismo, la **Ley 9/2001 de 17 de julio** del Suelo de la Comunidad de Madrid, establece unos estándares mínimos para los desarrollos urbanísticos que se promuevan desde su entrada en vigor, de hasta un 45% del total de las viviendas previstas en el planeamiento, y especialmente reservas de suelo de red supra municipal para viviendas de integración social.

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

DICTAMEN SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 48.2 DE LA LEY 30/92, TRAS LA NUEVA REDACCIÓN DADA POR LEY 4/99[1].

En concreto las dudas se ciñen al cómputo del último día del plazo si se fija en meses según la última interpretación jurisprudencial, principalmente de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

También se solicita informe sobre la aplicación del principio de confianza legítima en el supuesto de que la Administración hubiera notificado como plazo de finalización una fecha distinta a la que mantenía la doctrina y jurisprudencia anterior, y en base a ello, se admitan las solicitudes recibidas sin declararlas extemporáneas.

Por último se plantean dudas sobre si el cómputo de los plazos es distinto si se trata de solicitudes o de recursos.

Vista la legislación y jurisprudencia aplicable, este Servicio Jurídico es del siguiente parecer:

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El artículo 48.2 de la Ley 30/92 en su primera redacción señalaba *«si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán de fecha a fecha»*. La Ley 4/99 modificó este concreto apartado dándole una nueva redacción: *«si el plazo se fija en meses o años éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo»*. Se mantiene el último apartado del precepto: *«Si en el mes de venci-*

[1] El presente informe ha sido elaborado por D.ª Alicia Sánchez Cordero, Directora General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

miento no hubiere día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes».

Hay dos posibles interpretaciones de la nueva redacción del artículo:

1.° La mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del artículo 5.1 del Código Civil y de la remisión al mismo del artículo 185 de la LOPJ, es que el cómputo en los plazos fijados en meses o años supone que el «dies ad quem» es el equivalente al día del mes de la notificación. Es el cómputo natural de los plazos, por meses enteros, con la salvedad que el día equivalente sea inhábil en cuyo caso el plazo finaliza el día hábil inmediato siguiente.

Si el cómputo se inicia a partir del día siguiente a la notificación o publicación del acto, no se traslada en un día la fecha final de modo que opera como el primer día a partir del cual puede realizarse la actuación, pero el último día del plazo sigue siendo el equivalente numérico del mes/meses que deban transcurrir al del día de la notificación o publicación del acto.

Este sistema de cómputo por meses naturales a partir del siguiente a la notificación era el que establecía el artículo 59 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 para los plazos administrativos, y la LJCA, tanto la antigua de 1956 (artículo 58) como la nueva de 1998 (artículo 46), para los plazos procesales contencioso-administrativos.

La Ley 30/92, en su primitiva redacción, no acogía íntegramente esta modalidad de cómputo. Aunque el apartado 2 del artículo 48 señalaba que si los plazos se fijan en meses o años estos se computarán de fecha a fecha (igual que el artículo 5 del Código Civil), en el apartado 4 se disponía que el «dies a quo» era el de la notificación o publicación del acto, salvo que en él se disponga otra cosa. No seguía por tanto el cómputo tradicional del inicio del plazo al día siguiente.

La nueva redacción del artículo 48 supone el regreso al cómputo de los plazos a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto. Cabe la interpretación de que únicamente se ha vuelto al sistema tradicional del inicio del cómputo de los plazos administrativos, idéntico al cómputo de los plazos procesales, pero que nada afecta al cómputo final, es decir, el «dies ad quem» en los plazos fijados por meses es el mismo día del de la notificación del mes de finalización del plazo.

2.° Otra interpretación que cabe es la literal del nuevo artículo 48, partiendo de la supresión en el apartado 2 de la expresión de «fecha a fecha». Si el cómputo se inicia a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto, el mes finalizará el día que coincida no con la notificación, que ya no inicia el cómputo, sino con el día siguiente. El día de vencimiento es por tanto el correlativo mensual al día siguiente a la fecha de notificación o publicación del acto.

Esta interpretación se ha acogido en varias sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de Tribunales Superiores de Justicia en aplicación del principio «pro actione» para considerar temporáneo el escrito presentado el día coincidente, en el mes de vencimiento, al siguiente a la notificación del acto.

2. La consulta de la Secretaría General Técnica de Economía e Innovación Tecnológica plantea establecer un criterio con carácter general en esta materia.

En primer lugar cabe señalar que no puede considerarse un cambio jurisprudencial. Conforme al artículo 1.6 del Código Civil, únicamente es jurisprudencia la doctrina reiterada del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del ordenamiento jurídico español. Las sentencias de los órganos judiciales inferiores no complementan el ordenamiento jurídico. De momento el Tribunal Supremo no se ha pronunciado sobre la nueva redacción del artículo 48 de la Ley 30/92, por lo que la jurisprudencia vigente es la que mantiene el cómputo de fecha a fecha en los plazos administrativos fijados por meses o años.

Así pueden citarse la STS de la Sala Tercera, de 18 de diciembre de 2002, 16 de julio y 2 de diciembre de 1997, 19 de julio y 19 de septiembre, 25 de octubre y 24 de noviembre de 1995, entre otras muchas, cuya doctrina es la siguiente: *«en los plazos señalados por meses —o años—, y aunque el cómputo de fecha a fecha se inicie el día siguiente al de la notificación o publicación, el día final de dichos plazos será siempre el correspondiente al mismo número ordinal del día de la notificación o publicación del mes —o año— que corresponda».*

Al no existir jurisprudencia sobre esta nueva redacción y ser ambigua la redacción del precepto, únicamente pueden darse argumentos a favor del mantenimiento del sistema tradicional de cómputo del plazo por meses tanto en vía civil, como administrativa —solo difieren en la inclusión o no de días inhábiles en el cómputo del plazo por días—.

Los motivos que llevan a considerar vigente el cómputo del mes natural con finalización el día del mes equivalente al de notificación del acto, no el siguiente, son:

- Si el cómputo es por meses o años, la finalización del plazo el día equivalente al siguiente a la notificación supone añadir un

día más. El plazo ya no sería un mes sino un mes y un día desde la fecha de la notificación.

- La modificación del número 2 ha llevado también a modificar el número 4 suprimiendo el apartado segundo. La Exposición de Motivos de la Ley 4/99 señala que la modificación del régimen de cómputo de plazos contenido en el artículo 48.4 deriva de la concordancia con las modificaciones de los artículos 42, 43 y 44. No hay ninguna otra referencia al régimen del cómputo. Es decir, se han hecho las adaptaciones precisas para señalar el inicio del cómputo de plazos en caso de silencio administrativo, pero en modo alguno se justifica o se aclara que se haya modificado el régimen tradicional del cómputo del vencimiento en los plazos por meses o años. Una modificación tan trascendente requeriría, al menos, una breve mención en la Exposición de Motivos. La interpretación auténtica –del legislador- no permite vislumbrar ningún cambio de criterio.
- conforme al artículo 3.1 del Código Civil, en la interpretación de las normas, el sentido propio de las palabras debe ponerse en relación con los antecedentes históricos y legislativos. La dicción literal del precepto en relación con los antecedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre el cómputo de los plazos administrativos fijados por meses, no permite afirmar que se haya producido un cambio del cómputo del plazo de vencimiento tan significativo, apartándose del sistema tradicional de cómputo de los antecedentes citados. Ya hemos razonado como incluso en la redacción actual del precepto cabe la interpretación lógica de mantener el mismo sistema de cómputo final de la LPA de 1958 y de la Ley 30/92, inicial redacción.
- la interpretación sistemática permite afirmar que el cómputo administrativo del plazo fijado en meses o años, debe ser el mismo que en el ámbito civil y en el procesal (Art. 133 LEC; art. 46 LJCA; art. 185 LOPJ).
- crearía inseguridad jurídica el que únicamente en vía administrativa pueda añadirse un día al mes o al año que se fije como plazo de vencimiento, eliminando el concepto de mes «natural», de fecha a fecha.
- si se mantiene la interpretación de añadir un día al de la notificación del acto para hallar el día final de plazo, se seguiría un doble cómputo dependiendo de si el acto es o no firme en vía administrativa. Así, en los supuestos del artículo 109 de la Ley 30/92, la firmeza del acto a efectos de recurso judicial se produce el día de la notificación puesto que el plazo de recurso contencioso-administrativo finaliza el día equivalente a la notificación el segundo mes posterior. En los demás actos definitivos la firmeza —sí no se recurre— se produciría un mes y un día después de su notificación (arft. 115.1), y sí se recurre primero en alzada y luego potestativamente en reposición habrá que añadir un día más por recurso y mes a la fecha de notificación. El plazo del recurso contencioso-administrativo finalizaría así dos días después del ordinal de la fecha de notificación en el mes de vencimiento —sin contar que haya que correr días de vencimiento inhábiles—.
- la modificación ha cambiado, volviendo al sistema tradicional, **solamente**, el plazo inicial del cómputo, pues la supresión de la expresión «fecha a fecha» ha supuesto que desaparece la referencia al plazo final. Conforme al artículo 4.3 del Código Civil debe aplicarse supletoriamente lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil que establece las normas de derecho común en aplicación de las normas jurídicas. Así el artículo 5 señala: «*siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días (....); y si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha...*». La no contemplación en el artículo 48 de la Ley 30/92 del supuesto específico de la fecha final del cómputo en los plazos señalados por meses o años, debe completarse con la supletoriedad general del Derecho común.
- la jurisprudencia sobre la interpretación de los plazos del recurso contencioso-administrativo, antes citada, tiene en cuenta la redacción del antiguo art. 58 LRJCA de 1956 y del actual 46 de la LJCA que señalan el cómputo del plazo inicial «*contados desde el día siguiente al de la publicación o la notificación...*» y el plazo, dos meses, pero no hacen referencia al plazo final. Dicha jurisprudencia aplica el cómputo del plazo en meses de «fecha a fecha», **al no venir expresamente reflejado en el precepto**, por la remisión que la Ley Jurisdiccional hacía a la LEC y ésta al Código Civil y actualmente hace el art. 185 LOJP al CC. Lo único que ha hecho, por tanto, la Ley 4/99 al dar nueva redacción a los apartados 2 y 4 del artículo 48 de la Ley 30/92 es unificar el régimen de cómputo de los plazos administrativos a los procesales al ser la redacción de ambas leyes similar.

3. Los argumentos anteriores, sin embargo, no pueden apoyarse con Jurisprudencia del Tribunal Supremo actual que interprete el nuevo artículo 48 de la Ley 30/92. Pero el que los órganos judiciales inferiores en virtud del principio «pro actione» admitan como temporáneo el recurso presentado el día equivalente al del siguiente a la

notificación, tampoco permite considerar que hay una nueva interpretación jurisprudencial del cómputo de los plazos finales. Lo que puede intentarse, ante una sentencia con este pronunciamiento contraria a la Comunidad de Madrid, es recurrirla al T.S. bien en unificación de doctrina bien en interés de la Ley —según recaiga en instancia o apelación y haya o no pronunciamientos contradictorios—.

A efectos prácticos, para evitar situaciones dispares en la misma Administración, puede añadirse al notificar las resoluciones administrativas cuál se va a considerar el último día de plazo. Es decir, no solo señalar los recursos que caben —alzada, reposición potestativa, contencioso-administrativo— y los plazos —un mes, dos meses— sino que se indique expresamente en la notificación que el último día de plazo será el equivalente al de la **notificación** en el mes de vencimiento, considerándose extemporáneos los escritos presentados al día siguiente de dicha fecha. Con dicha advertencia expresa se eliminan las interpretaciones de los recurrentes añadiendo un día al plazo final.

4. Se solicita también consulta sobre la posibilidad de considerar temporáneos los escritos presentados en la fecha indicada por la Administración como de vencimiento del plazo, aunque el mismo no coincida con el cómputo tradicional de fecha a fecha. En concreto se pregunta si en virtud del principio de confianza legítima en el supuesto en que la Administración haya notificado a los ciudadanos que el plazo finaliza el día coincidente al siguiente a la notificación en el mes de vencimiento, pueden admitirse las solicitudes recibidas en la citada fecha sin considerarlas extemporáneas.

Si el error en el cómputo del plazo no es del ciudadano sino que ha sido inducido —involuntariamente— por la Administración autora del actor conforme a los principios de buena fe y de confianza legítima (art. 3.1 Ley 30/92), que derivan del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE), debería admitirse el escrito presentado siempre y cuando dicha actuación no sea a su vez arbitraria. Es decir, si en interpretación del artículo 48 de la Ley 30/92, se ha dado de plazo hasta el día del mes coincidente con el día siguiente a la notificación o publicación de un acto administrativo, la Administración iría contra sus propios actos si considerase extemporáneo el escrito presentado ese último día final. Pero tampoco puede admitirse, con carácter general, que siempre haya de considerarse presentado en plazo un escrito cuando resulte claro que no ha sido la Administración la que ha inducido expresamente a error al ciudadano.

El artículo 58.3 de la Ley 30/92 hace referencia a las notificaciones defectuosas por omisión de algún requisito, que no pueden perjudicar al interesado y que permiten admitir el recurso procedente interpuesto aunque sea fuera de plazo. Con mayor motivo habría que admitir ese escrito sí en la propia notificación del acto se añade un día más para recurrir.

El principio «pro actione», sin embargo, debe modularse y aplicarse cautelosamente teniendo en cuenta que la actuación de la Administración resolviendo en cuanto al fondo un recurso interpuesto extemporáneamente, constituye un acto propio que no cabe ignorar en sede jurisdiccional según reiterada jurisprudencia, considerando convalidado tal requisito de procedibilidad y por tanto no cabe ya en vía judicial sino admitir la temporalidad del recurso administrativo. Entre otras cabe citar las STS de 20 de octubre y 16 de noviembre de 1998, 6 de noviembre de 1997 y 3 de junio de 1996 y 4 de julio de 1995.

5. Una última cuestión que se plantea es si el cómputo de plazos es distinto en caso de solicitudes o de recursos.

En vía administrativa, los artículos 114 y 117 de la Ley 30/92, señalan los plazos de recursos, pero sin establecer ninguna regla respecto a los cómputos iniciales y finales, salvo en caso de silencio —día siguiente al del acto presunto—. El artículo 118 para el recurso de revisión si señala el cómputo inicial del plazo, pero tampoco refiere el plazo final. En todos los casos es de aplicación el artículo 48 de la Ley que no distingue entre solicitudes y recursos.

La única incidencia sería la de los actos definitivos en vía administrativa, pues en caso de acudir directamente al recurso contencioso-administrativo, el cómputo de plazos se rige por la Ley Jurisdiccional y por la jurisprudencia que la interpreta.

No obstante, así como en materia de recursos administrativos los plazos se señalan en la Ley 30/92 por meses, en caso de solicitudes puede señalarse un plazo por días eliminando la incertidumbre del plazo final.

Conclusiones

A juicio de este centro directivo no hay ningún argumento de base para modificar el cómputo tradicional de los plazos fijados por meses o años. La supresión en el artículo 48 de la Ley 30/92 —redacción dada Ley 4/99— de la referencia al cómputo final, debe completarse con Derecho supletorio y con la jurisprudencia interpretativa de dicho cómputo, que no permite añadir un día al mes natural de «fecha a fecha».

Se ha recibido en este Servicio Jurídico, para su preceptivo Informe, **PROPUESTA DE EJERCICIO DE ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN RELACIÓN CON LA FINCA DE LA C/ ALBENDIEGO 45, DEL BARRIO DE LA VENTILLA EN MADRID** [1]

ANTECEDENTES

I

El 18 de diciembre de 1989 se publica la aprobación definitiva del PERI 6.1. Avenida de los Curtidos, barrio de Ventilla-Valdeacederas, distrito de Tetuán, Madrid. El subsiguiente proyecto de delimitación y expropiación fue aprobado definitivamente por la Comisión de Urbanismo de Madrid el 31 de mayo de 1994. Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 16 de junio de 1994 se acordó la declaración de urgencia a los fines de la expropiación forzosa. Dicho documento fue modificado al aprobarse una modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid el 12 de diciembre de 1994, que dio lugar a la redacción y aprobación del PERI 6.1R. Dicho PERI se desarrolla por el sistema de expropiación, siendo el IVIMA el beneficiario de la misma.

En el proyecto de delimitación y expropiación, la finca sita en la calle Albendiego 45 se identifica con la finca n.º 3 del Polígono denominado Subsector Cabecera del P.E.R.I 6.1, 2.ª Fase, Manzana P26 de

[1] El presente informe ha sido elaborado por D. Sixto Santolino Martín y D.ª Laura Cebrián Herranz, Letrados de la Comunidad de Madrid en el Organismo Autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid, IVIMA.

Madrid. En el cuadro 53 del proyecto de delimitación y expropiación, que contiene la relación de indemnizaciones a actividades, Dª XXX aparece como titular de actividad de comercio de mercería y limpieza.

II

Como consecuencia se tramitó expediente expropiatorio, y el IVIMA (en calidad de beneficiario) adquirió la propiedad del local sito en la calle Albendiego 45 (barrio de Ventilla, Distrito de Tetuán, Madrid).

Con fecha 28 de julio de 1995, D.ª XXX, arrendataria del local de negocio situado en la C/ Albendiego, 45, percibe la cantidad de 2.232.553 pesetas, en concepto de indemnización por traslado de Industria, realizándose dicho pago con carácter provisional al amparo del artículo 50.2 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, dado que la interesada había formulado oposición a la valoración practicada por la Administración y aportado nueva valoración.

No existiendo acuerdo en la determinación del justiprecio entre las partes afectadas, las actuaciones fueron elevadas al Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid el cual, con fecha de 27 de Septiembre de 1995, acuerda «valorar como justo precio por los perjuicios ocasionados por el traslado forzoso de la presente actividad industrial, la cantidad de 3.390.250 pesetas.

La diferencia de valoraciones —cuyo importe ascendía a 1.157.697 pesetas—, fue hecha efectiva por el IVIMA, en cuanto beneficiario de la expropiación, con el pago el 14 de Abril de 1996 de dicha cantidad, pagándose los intereses de demora devengados —cuyo importe ascendía a 211.537 pesetas— el día 17 de diciembre de 1996.

III

Mediante Orden del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, de 22 de octubre de 1997, se resuelve proceder a la ocupación material de la finca sita en la C/ Albendiego, 45, fijándose como fecha para llevarla a efecto el siguiente día 19 de diciembre de 1997.

IV

La citada ocupación material de la finca no pudo ser realizada por oponerse a la misma D.ª XXX, así como D. YYY, que el día fijado para la ocupación material se identifica como representante de D.ª ZZZ

(propietaria de la finca), y manifiesta que no procederá al desalojo de la finca expropiada hasta que no se resuelva el realojo de la vivienda de D.ª XXX y el local comercial.

A pesar de los reiterados requerimientos de abandono efectuados por este organismo, la Señora XXX siguió ocupando el local de referencia, presentando una oposición injustificada al abandono del mismo, lo cuál ha causado importantes daños y perjuicios tanto a este Instituto y al interés público que representa.

La injustificada negativa ha obligado a este organismo a iniciar el correspondiente procedimiento de ejecución forzosa, que como trámite previo exige el apercibimiento y subsiguiente solicitud de autorización judicial de entrada, de conformidad con el art. 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que ha permitido hace unos días la ocupación de la finca, y demolición de edificaciones.

V

La injustificada negativa al abandono del local ha contribuido considerablemente (3 años) a retrasar la ejecución la obra de urbanización de la Zona Centro del PERI 6.1.R, retraso que ha obligado a realizar obras provisionales necesarias para evitar daños mayores, que en caso de haberse liberado la parcela no hubieran sido precisas. Igualmente ha supuesto un retraso en la ejecución de una promoción de 110 viviendas de protección pública en la parcela A26 del PERI 6.1.

En definitiva de los antecedentes e informes que obran en los expedientes, los daños y perjuicios que han sido ocasionados a este organismo se corresponden con los siguientes conceptos:

1. Daños y perjuicios al interés público motivados por el retraso en la ejecución de una promoción de 110 viviendas de protección pública en la parcela A26 del PERI 6.1.
2. Daños y perjuicios económicos ocasionados como consecuencia de la necesidad de la actualización a los costes vigentes de la construcción, de los precios del proyecto de urbanización de la zona Centro-Centro del PERI 6.1.R, para la ejecución del vial pendiente.
3. Realización de un muro de contención lateral en la Avenida de Asturias.
4. Daños y perjuicios motivados por el indebido uso y disfrute de un local de propiedad de la Administración, expropiado y con la indemnización abonada.

5. Daños y perjuicios causados al interés público por el retraso de la puesta en servicio de la Avenida de Asturias.

La cuantificación de dichos daños resulta de los informes que obran en el expediente.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I

En relación con el local sito en la calle Albendiego, 45 se desarrolló un expediente expropiatorio conforme a las disposiciones de la normativa en materia de expropiación forzosa, en particular la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que derivó, como todo procedimiento expropiatorio, en el necesario cumplimiento de dos obligaciones exigibles respectivamente a beneficiario (IVIMA) y a expropiado, cuales son la de pago efectivo del justiprecio y correspondiente entrega y abandono de la finca expropiada.

El IVIMA, en calidad de beneficiario, cumplió la precitada obligación, abonando el importe del justiprecio a la expropiada, no haciendo lo propio esta última en cuanto al cumplimiento de la obligación de entrega y abandono del local y ello, pese a los reiterados requerimientos de desalojo efectuados por este Organismo.

II

El artículo 1101 del Código Civil según el cual «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas» es un precepto de aplicación general y carácter supletorio respecto de las materias regidas por otras leyes como dispone el artículo 4.3 del mismo texto legal cuando señala «las disposiciones de este código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

Conviene traer a colación la diferencia entre «Derecho General» aplicable a toda clase de sujetos como es el caso del Derecho civil, y los denominados «Derechos estatutarios» como es el caso del Derecho Administrativo, a la sazón Derecho de naturaleza Estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.

La presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa, pero no suficiente dado que la Administración puede actuar en relaciones de derecho público y de derecho privado y que es preciso por tanto que se trate de una actuación administrativa como es el presente caso pues el convenio expropiatorio tiene un marcado carácter administrativo, resultado del ejercicio por parte de la Administración de la «Potestad expropiatoria» y sujeto por tanto a derecho administrativo.

Es el carácter administrativo del acto expropiatorio es el que le hace susceptible de ser ejecutado forzosamente habiéndose procedido por parte del IVIMA, previo apercibimiento a iniciar el correspondiente procedimiento de ejecución forzosa dado el carácter ejecutivo de los actos administrativos que proclaman los artículos 56 y 94 de la Ley 30/92 en redacción conferida por Ley 4/99.

III

Una vez expropiado el local como consecuencia del expediente expropiatorio, el IVIMA como beneficiario de la expropiación adquiere la propiedad del mismo, es decir, el local pasa a formar parte del patrimonio del IVIMA.

IV

Según el artículo 2.2 de la **Ley 3/2001, de 21 de Junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid** «Tendrán la consideración de Patrimonio de la Comunidad de Madrid todos los bienes y derechos de la Administración de la misma, sus Organismos Autónomos, Entidades de derecho público y demás Entes públicos sujetos a derecho público o privado». En este sentido conviene citar el artículo 6 de la misma Ley, según el cual y bajo el título de «Régimen jurídico» se dispone: «1. El patrimonio de la Comunidad de Madrid se regirá por la legislación básica del Estado, por la presente Ley, por los reglamentos que la desarrollen, por las demás Normas de Derecho público que resulten de aplicación y, en su defecto, por las Normas de Derecho privado civil o mercantil.»

V

Habrá de estar entonces al tenor literal de los siguientes preceptos de la Ley 3/2001:

Artículo 19.Infracciones y sanciones.

«1. Las personas físicas o jurídicas públicas o privadas que, por dolo o negligencia, causen daños en los bienes o derechos de la Comunidad de Madrid o los usurparen de cualquier forma, incurrirán en infracción administrativa grave.

La infracción será sancionada con una multa, cuyo importe se establecerá entre el valor del perjuicio ocasionado o de lo usurpado y el doble del mencionado valor.»

Artículo 20. Procedimiento sancionador y prescripción.

«1. La determinación del importe de los daños, la imposición de sanciones y la exigencia de las responsabilidades previstas en el artículo anterior se acordará y ejecutará en vía administrativa, conforme al procedimiento sancionador de la Comunidad de Madrid.
2. Dicha responsabilidad será independiente de la que pueda exigirse en vía jurisdiccional civil o penal.
3. Las infracciones y sanciones graves y leves previstas en el artículo anterior prescribirán a los dos años y al año, respectivamente, a contar, en cada caso, desde el día en que la infracción se hubiera cometido o desde que la sanción adquiera firmeza.»

En los mismos términos se pronunciaba la anterior Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid ya derogada, Ley 7/86 de 23 de julio, concretamente en sus artículos 21.3 y 22 en sus apartados 1 y 2.

En cuanto a la prescripción de la infracción, toda vez que dicha infracción se prolonga en el tiempo presentando un carácter de «tracto sucesivo», hasta la reciente fecha de desalojo no ha comenzado a contar el plazo para el cómputo de la misma.

VI

Considerando lo dispuesto en el art. 65.1 de la Ley 3/2001: Adquisición de bienes.

«1. Estos Organismos y Entidades tienen plena capacidad para adquirir bienes y derechos por cualquiera de los medios establecidos por el Ordenamiento Jurídico, así como para ejercitar las prerrogativas previstas en esta Ley y las demás acciones y recursos que procedan en defensa de su patrimonio, y les corresponden las funciones y responsabilidades de administración, gestión y conservación de sus bienes propios y adscritos.»

VII

Efectivamente, las fincas expropiadas pasan a integrarse en el patrimonio del IVIMA y lo hacen, dada la finalidad de la expropiación, como **Patrimonio de suelo.**

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional primera de la meritada Ley de Patrimonio de la Comunidad de Madrid en relación con el «Patrimonio de suelo y vivienda»:

«1. El Patrimonio Público del Suelo se regirá por su normativa específica y subsidiariamente por las disposiciones de esta Ley.
2. La Consejería competente por razón de la materia ejercitará las facultades atribuidas en esta Ley a la Consejería de Presidencia y Hacienda en relación con el patrimonio del suelo afecto a actuaciones urbanísticas y el de la promoción pública de la vivienda, sin perjuicio de las que correspondan al Organismo Autónomo Instituto de la Vivienda de Madrid de acuerdo con su normativa específica.»

Y, por tanto, es de aplicación la **Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid**

VIII

El artículo 218 de la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, que regula el Patrimonio de suelo y vivienda, establece:

«1. Quienes realicen, en terrenos destinados por el planeamiento a uso público de interés general o común, actos, actividades o instalaciones que impidan o perturben gravemente dicho uso, serán sancionados:

a) Con multa del 15 al 25 por 100 del valor del suelo afectado, cuando el hecho que impida el uso o produzca la perturbación origine una situación permanente.

b) Con multa del 5 al 10 por 100 de dicho valor, cuando se realicen con carácter meramente ocasional, o las instalaciones o actividades puedan ser objeto de legalización por el órgano administrativo competente.»

Por lo que los actos de ocupación del edificio expropiado que han perturbado y perturban la apertura de viales existentes en el planea-

miento, entre ellos la plena apertura de la Avenida de Asturias, que ha tenido que ser puesta en servicio parcialmente –sin la apertura total de una vía de servicio–, y mediante la construcción provisional de un muro de contención, se encuentran dentro del tipo previsto en la norma legal antes transcrita.

Y en consecuencia es de aplicación el artículo 202 de la misma Ley:

«Toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística en la presente Ley podrá dar lugar a la adopción de las medidas siguientes:

c) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora, así como, en su caso, penal.

d) La exigencia de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.»

IX

El tenor literal del artículo 4 del Decreto 245/2000 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid que se pronuncia sobre la competencia establece:

«Órganos competentes.

1. Serán competentes para iniciar y resolver el procedimiento sancionador los órganos que establezca la norma sustantiva sancionadora o, en su defecto, los que tengan competencia por razón de la materia.
2. La función instructora se ejercerá por quien determinen las normas sancionadoras o las normas sobre atribución y ejercicio de competencia y, en su defecto, por quien determine el órgano competente para la incoación del procedimiento. En todo caso, la fase de instrucción y la fase de resolución deberán atribuirse a órganos o unidades administrativas distintos.

Los órganos y unidades de la Administración facilitarán al órgano instructor los antecedentes e informes necesarios, así como los medios personales y materiales imprescindibles para el desarrollo de las actuaciones.»

X

En cuanto a la competencia y procedimiento habrá que estar a los siguientes artículos de la **Ley 9/2001**:

Artículo 190. Funciones de inspección

«1. La inspección urbanística es una potestad de ejercicio inexcusable, dirigida a comprobar que los actos privados o públicos de ocupación, construcción, edificación y uso del suelo, así como cualesquiera otras actividades que supongan utilización de este, se ajustan a la legalidad aplicable y, en particular, a lo dispuesto en la presente Ley, en su virtud, al planeamiento urbanístico.»

Artículo 192.1:

« (...) Cuando de las actuaciones de inspección se desprendan indicios de la comisión de una posible infracción urbanística (...) Deberá efectuarse propuesta de adopción de cuantas medidas se consideren pertinentes (...) y como mínimo, la **incoación del procedimiento sancionador»**

Artículo 231. Competencia para incoar e instruir procedimientos sancionadores.

«1. Los municipios y la Comunidad de Madrid son competentes, para incoar e instruir loa procedimientos para la sanción de infracciones urbanísticas.

2. La incoación acordada por una de las dos administraciones a que se refiere el número anterior deberá ser notificada a la otra.»

Artículo 232. Competencia para resolver procedimientos sancionadores.

«1. Serán competentes para resolver los procedimientos sancionadores:

b) El Consejero competente en materia de ordenación urbanística, para la imposición de sanciones que no superen la cantidad de 1.800.000 euros»

Artículo 233. Procedimiento.

«La potestad sancionadora se ejercerá observando el procedimiento establecido al efecto por la legislación general del procedi-

miento administrativo común y la legislación de la Comunidad de Madrid.»

XI

Se cumplen los principios de la potestad sancionadora que establece el capítulo primero del título IX de la Ley 30/92 así como los principios del procedimiento sancionador del capítulo II del mismo título y que el procedimiento sancionador se regula en el Decreto 245/2000 de 16 de noviembre de la Comunidad de Madrid.

Pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

I. La mención del artículo 1101 del Código Civil es válida como remisión a un precepto de aplicación general, más en este caso, tratándose de una actuación verificada por una Administración Pública derivada del incumplimiento por parte de la expropiada de un acto administrativo como es el acto expropiatorio, la exigencia de responsabilidades, daños y perjuicios a la misma habrá de tener lugar en VÍA ADMINISTRATIVA, lo que excluye la intervención de Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil en todo caso, y sin perjuicio de la ulterior intervención del Orden Contencioso Administrativo, como consecuencia de la interposición de eventuales recursos por la expropiada ante la citada Jurisdicción una vez agotada la vía administrativa.

II. Una vez expropiada la finca de referencia pasa a formar parte del patrimonio del IVIMA, siendo de aplicación a partir de ese momento la Ley 3/2001 de Patrimonio de la Comunidad de Madrid que prevé la imposición de multas y sanciones a personas físicas o jurídicas que causen daños con dolo o negligencia en los bienes o derechos de la Comunidad de Madrid, como es el caso que nos ocupa.

Como señala el artículo 20 de la Ley 3/2001 la determinación del importe de los daños, la imposición de sanciones y la exigencia de las responsabilidades de las previstas en el párrafo anterior se acordarán y ejecutarán en vía administrativa conforme al procedimiento sancionador de la Comunidad de Madrid. Procede por tanto el inicio de un expediente sancionador con el procedimiento previsto en el Decreto 245/2000 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid, habiéndose realizado ya la determinación del importe de los daños que constan en los informes que acompañan al expediente.

III. La finca expropiada en virtud del «PERI 6.1. Avenida de los Curtidos, barrio de Ventilla – Valdeacederas, distrito de Tetuán, Madrid» es parte del PATRIMONIO DEL SUELO Y VIVIENDA del IVIMA, regulado en la Ley 9/2001 de Suelo de la Comunidad de Madrid que prevé la imposición de sanciones consecuencia de la comisión de infracciones urbanísticas en los artículos mencionados más arriba.

La conducta de la ocupante opuesta a la Orden del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, de 22 de octubre de 1997 de ocupación de la finca expropiada para la remodelación es contraria al uso determinado en los planes de remodelación, y constituye una infracción urbanística.

Existe por lo tanto, en el presente caso, una doble tipificación en la normativa de la Comunidad de Madrid en cuanto a los daños, perjuicios que sufre el patrimonio público; sin embargo, en virtud del principio según el cual la Ley especial prevalece sobre la Ley general, y a la vista del tenor literal de la Disposición adicional primera de la Ley 3/2001 resulta aplicable la normativa especifica en la materia, esto es, la Ley 9/2001 de suelo de la Comunidad de Madrid. Por lo que deberá iniciarse procedimiento sancionador como establece el artículo 233 de la misma, y por lo tanto la aplicación del Decreto 245/2000 de 16 de noviembre.

IV. En el expediente sancionador se habrá de tomar la medida de «La exigencia de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables», puesto que es necesaria la decisión administrativa previa para la exigencia judicial de los daños.

V. La competencia para la incoación e instrucción del procedimiento sancionador corresponde a la Comunidad de Madrid (artículo 231 de la Ley 9/2001), concretamente y en cuanto a la incoación corresponderá al Servicio de Inspección conforme a lo dispuesto en el artículo 192 de la meritada Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid; la resolución corresponde al Consejero competente en materia de ordenación urbanística, es decir, al Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes (artículo 232 de la Ley 9/2001).

Y, en consecuencia, habrá de modificarse la propuesta de resolución para remitirse las actuaciones a la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes a efectos de la incoación de expediente sancionador y exigencia del resarcimiento de daños y perjuicios producidos al Instituto de la Vivienda de Madrid.

Es cuanto tienen el honor de informar, no obstante V.I. resolverá

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID PRIMER CUATRIMESTRE 2003

Nº LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2003	11/02/2003	26/02/2003	MODIFICACIÓN DE LA LEY 1/99, DE 12 DE MARZO DE ORDENACIÓN DEL TURISMO DE LA CM
2/2003	18/02/2003	11/03/2003	DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DE LA CM
3/2003	11/03/2003	18/03/2003	PARA EL DESARROLLO DEL PACTO LOCAL
4/2003	11/03/2003	18/03/2003	DE CAJAS DE AHORRO DE LA CM
5/2003	[illegible]	[illegible]	[illegible]
6/2003	[illegible]	[illegible]	[illegible]
[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
8/2003	26/03/2003	08/04/2003	DEL DEPORTE DE LA CM
9/2003	26/03/2003	01/04/2003	DEL REGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE VIVIENDAS PROTEGIDAS DE LA CM
10/2003	26/03/2003	01/04/2003	DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DEL MANZANARES Y DE LA MANTA RIOJANA DEL PARQUE NATURAL DE LA CUMBRE, CIELO Y LAGUNAS DE PEÑALARA
11/2003	27/03/2003	10/04/2003	DE SERVICIOS SOCIALES DE LA CM

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2003	06/02/2003	20/02/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
2/2003	11/03/2003	01/04/2003	PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD	SE CONVOCAN ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2003	11/02/2003	26/02/2003	MODIFICACIÓN DE LA LEY 1/99, DE 12 DE MARZO DE ORDENACIÓN DEL TURISMO DE LA CM
2/2003	18/03/2003	11/03/2003	DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DE LA CM
3/2003	11/03/2003	18/03/2003	PARA EL DESARROLLO DEL PACTO LOCAL
4/2003	11/03/2003	18/03/2003	DE CAJAS DE AHORRO DE LA CM
5/2003	20/03/2003	31/03/2003	DE RESIDUOS DE LA CM
6/2003	20/03/2003	31/03/2003	DEL IMPUESTO SOBRE DEPÓSITOS DE RESIDUOS
7/2003	20/03/2003	31/03/2003	DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 6/1994, DE 28 DE JUNIO, DE CREACIÓN DEL PARQUE REGIONAL EN TORNO A LOS EJES DE LOS CURSOS BAJOS DE LOS RÍOS MANZANARES Y JARAMA
8/2003	26/03/2003	03/04/2003	DEL DEPORTE DE LA CM
9/2003	26/03/2003	03/04/2003	DEL RÉGIMEN SANCIONADOR EN MATERIA DE VIVIENDAS PROTEGIDAS DE LA CM
10/2003	26/03/2003	03/04/2003	DEL PARQUE REGIONAL DE LA CUENCA ALTA DEL MANZANARES Y DE LA JUNTA RECTORA DEL PARQUE NATURAL DE LA CUMBRE, CIRCO Y LAGUNAS DE PEÑALARA
11/2003	27/03/2003	14/04/2003	DE SERVICIOS SOCIALES DE LA CM

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2003	09/01/2003	20/01/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
4/2003	31/03/2003	01/04/2003	PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD	SE CONVOCAN ELECCIONES A LA ASAMBLEA DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
6/2003	16/01/2003	23/01/2003	JUSTICIA Y ADMIN. PUB	SE ESTABLECE UN RÉGIMEN TRANSITORIO DE GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES POR LA UNIDAD DE PRESTACIONES ASISTENCIALES
8/2003	30/01/2003	31/01/2003	PRESIDENCIA	SE FIJA EL CALENDARIO PARA EL AÑO 2003 DE DÍAS INHÁBILES A EFECTOS DE CÓMPUTO DE PLAZOS ADMINISTRATIVOS EN LA CM
9/2003	30/01/2003	19/02/2003	ECONOMÍA E INNOVA-CIÓN TECNO-LÓGICA	SE UNIFICAN LOS PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON LA INSCRIPCIÓN EN LOS REGISTROS DE EMPRESA DE ACTIVIDADES INDUSTRIALES REGULADAS
10/2003	06/02/2003	21/02/2003	OBRAS PÚBLICAS	SE EXTIENDE A METROSUR LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO DE VIAJEROS DEL FERROCARRIL METROPOLITANO DE MADRID, Y SE MODIFICAN ALGUNOS DE SU PRECEPTOS
11/2003	06/02/2003	21/02/2003	EDUCACIÓN	SE CREAN SIETE ESCUELAS DE EDUCACIÓN INFANTIL DE

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				PRIMER CICLO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
12/2003	13/02/2003	20/02/2003	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA C.M. EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN AUDIOPRÓTESIS
13/2003	13/02/2003	11/03/2003	MEDIO	SE DECLARA
			AMBIENTE	PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL DE LA ACTIVIDAD MINERA DE EXPLOTACIÓN, CONCESIONES, REC. SECCIÓN C) MAJADAS, S/ UTILIDAD PÚBLICA DE PARTE DE MONTE DENOMINADO «EL MONTE»
14/2003	13/02/2003	05/03/2003	SANIDAD	SE REGULAN LOS REQUISITOS PARA LAS AUTORIZACIONES, EL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO Y EL REGISTRO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE ÓPTICA EN LA COMUNIDAD DE MADRID
15/2003	13/02/2003	17/02/2003	JUSTICIA Y ADMIN. PUB.	SE APRUEBA LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO DE LA CM PARA EL AÑO 2003

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
17/2003	13/02/2003	03/03/2003	OBRAS PÚBLICAS	SE REANUDA EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID Y SE CONSTITUYE LA JUNTA LIQUIDADORA
21/2003	20/02/2003	04/03/2003	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA IMPLANTACIÓN Y SUPRESIÓN DE ENSEÑANZAS Y LA CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE CENTROS EN UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE MADRID
22/2003	27/02/2003	05/03/2003	EDUCACIÓN	SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS DE LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS, DE MADRID
23/2003	27/02/2003	18/03/2003	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA UNA CUOTA SUPLET. EN LA TARIFA DE DISTRIBUCIÓN DE AGUA DEL MUNICIP. TORRES DE VELASCO
24/2003	27/02/2003	18/03/2003	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA EL INCREMENTO DE LA CUOTA SUPLEMENT. EN LA TARIFA DE DISTRIBUC. DE AGUA DEL MUNICIP. DE ARANJUEZ
25/2003	27/02/2003	17/03/2003	MEDIO AMBIENTE	SE ESTABLECE EL PROCED. PARA LA APLICAC. EN LA CM DEL REGLAMENTO

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				(CE) 761/01 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO
26/2003	27/02/2003	18/03/2003	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA LA DESCLASIFICACIÓN PARCIAL DEL MONTE «PINAR DE CERROMESA», «BARRANCO DEL FRESNO» Y OTROS
27/2003	06/03/2003	20/03/2003	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA CM EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TEC. SUPERIOR EN PREVENCIÓN DE RIESGOS PROFESIONALES
29/2003	13/03/2003	22/04/2003	PRESIDENCIA	RELATIVO AL RÉGIMEN DE LA RADIODIFUSIÓN SONORA EN ONDAS MÉTRICAS CON MODULACIÓN DE FRECUENCIA
31/2003	13/03/2003	21/03/2003	MEDIO AMBIENTE	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE PREVENCIÓN DE INCENDIOS DE LA CM
32/2003	13/03/2003	24/03/2003	TRABAJO	SE REGULA LA COLABOR. DE LAS EMPRESAS DE PROMOC. E INSERC. LAB. DE PERS. EN SITUAC. DE

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				EXCLUSION SOCIAL CON CM Y SE ESTABLEC. MEDID. FOMENT. ACTIVIDAD
35/2003	20/03/2003	03/04/2003	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD «FRANCISCO DE VITORIA
36/2003	20/03/2003	03/04/2003	PRESIDENCIA	SE REGULA LA ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL ORGANISMO PAGADOR DE LAS AYUDAS FINANCIADAS POR EL FONDO EUROPEO DE ORIENTACIÓN Y GARANTÍA AGRÍCOLA
45/2003	13/03/2003	09/04/2003	ECONOMÍA E INNOVA-CIÓN TECNO-LÓGICA	SE APLICA EN LA CM REAL DECRETO 287/2002, DE 22 DE MARZO, Y SE LOS CREAN REGISTROS DE PERROS POTENCIALMENTE PELIGROSOS
46/2003	03/04/2003	28/04/2003	SANIDAD	SE APRUEBA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL ENTE PÚBLICO SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD
47/2003	03/04/2003	28/04/2003	SANIDAD	POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE INTEGRAC. DEL

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				PERSONAL MÉDICO CON PLAZA EN PROPIEDAD, EN INSTITUC. SANIT. TRANSFERIDAS A LA COMUNIDAD DE MADRID
49/2003	03/04/2003	24/04/2003	SANIDAD	SE MODIFICA EL DECRETO 197/2002, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL INSALUD
49/2003	03/04/2003	11/04/2003	HACIENDA	SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA CM
50/2003	10/04/2003	22/04/2003	OBRAS PÚBLICAS, URB. Y TRANS.	ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA OBRAS PÚBLICAS, URBANISMO Y TRANSPORTES
54/2003	10/04/2003	22/04/2003	OBRAS PÚBLICAS, URB. Y TRANS.	DECLARA LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL DE LA VARIANTE DE LA CARRET. M-609, EN SOTO DEL REAL, S/ UTILID. PUB DE LA SUPERF. DEL MONTE CATALOGADO N.º 3
55/2003	10/04/2003	22/04/2003	EDUCACIÓN	SE CREA LA FACULTAD DE CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN Y DEL TURISMO EN LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS DE MADRID

Nº DECRETO	MATERIA	FECHA PUBLICACIÓN BOCM	CONSEJERÍA	AMBITO	Nº OTROS DECRETOS
	EXCLUSIÓN SOCIAL COMUNIDAD ESTABLECE MEDIDAS FOMENTO ACTIVIDAD			PERSONAL MEDICO CON PLAZA EN PROPIEDAD EN INSTITUTO SANIT. TRANSFERIDAS A LA COMUNIDAD DE MADRID	
	SE AUTORIZA LA FUSIÓN DE	1/06/2002	EDUCACIÓN		
30/2002	MODIFICACIÓN DE LA UNIVERSIDAD «FRANCISCO DE VITORIA»	24/04/2002	SANIDAD		SE MODIFICA EL DECRETO 19/1992, POR EL QUE SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA
	SE REGULA LA ORGANIZACIÓN Y		FOMENTO		AMPLIACIÓN DEL DESALOJO
31/2002	MODIFICACIÓN DEL ORGANIGRAMA DEL ENTE PÚBLICO MADRID DE SALUD	11/04/2002	HACIENDA		SE AMPLIA EL REGLAMENTO GENERAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA CM
30/2002	SE REGULA EL ORDENACIÓN Y GARANTÍA AGRÍCOLA	2/04/2002	OBRAS PÚBLICAS URB. Y TRANS.		ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE OBRAS PÚBLICAS
	SE APLICA EN LA		ECONOMÍA		TRANSFERIDO
29/2002	CREACIÓN DE PARTES TÉCNICOS DE 22 DE MARZO, Y SE LOS DOTAN RECURSOS DE PERSONAL POTENCIALMENTE PELIGROSOS	2/04/2002	OBRAS PÚBLICAS URB. Y TRANS.		DECLARA LA PRIVATIZACIÓN DEL INTERÉS GENERAL DE LA TRAMA DE LA CARRET. M-800 EN SUELO DEL MOAL. Y LITIG. PUBL. DE
	SE APRUEBA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL		SANIDAD	1/06/2002	ENTRADA DEL HOSPITAL MONTE CARMELO N.º 1
28/2002	CREACIÓN DEL MUSEO MADRILEÑO DE SALUD	2/04/2002	EDUCACIÓN		SE CREA LA FACULTAD DE CIENCIAS DE LA COMUNICACIÓN Y
	POR EL QUE SE REGULA EL PROCEDIMIENTO DE INTEGRACIÓN		SANIDAD	1/06/2002	INCORPORACIÓN DE LA UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS DE MADRID