



Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

N.º 17
Sep.
Dic.
2003



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 17 Septiembre-Diciembre

Año 2003

Estudios

La asistencia jurídica gratuita: novedades en su regulación estatal y autonómica. La STC 95/2003.

La regulación actual de los paraísos fiscales en España.

Política agrícola común en la Unión Europea: evolución y análisis de la PAC.

La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (Segunda parte).

La actuación pública mediante sociedad urbanística con la finalidad de obtener suelo residencial urbanizado: el proyecto Ciudad Jardín-Arroyomolinos.

El proceso de reforma de la ejecución de la pena privativa de libertad: una visión de conjunto.

Las fuentes de las obligaciones de la Administración: especial referencia a la aplicación de las categorías del contrato y el cuasicontrato.

La aportación de la Jurisprudencia Constitucional a la construcción del Estado Autonómico: una aproximación al estudio de sus principales criterios generales.

Comentarios

Inoperatividad práctica del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas tras la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad de Madrid.

Derecho del Trabajo Mínimo.

Cuestiones sobre denegación y revocación de licencias de armas de caza. Jurisprudencia aplicable.

Régimen tributario aplicable a los pagos efectuados al cónyuge en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Especial referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Selección de Dictámenes

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Tercer cuatrimestre 2003.



ISSN 0014-1801

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 17. Septiembre-diciembre 2003

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Dirección General de los Servicios Jurídicos
Consejo Superior de Investigaciones Científicas

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid los trabajos que reúnan las siguientes características:

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, presentando el autor el consentimiento de la misma. Los que no se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser objeto de publicación en ninguna otra publicación.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser objeto de publicación en ninguna otra publicación.

N.º 17. Septiembre-diciembre 2003

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser objeto de publicación en ninguna otra publicación.

No se aceptarán trabajos que no reúnan las características que se indican en estas normas de publicación.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados con un honorario que se fijará en el momento de la aceptación del trabajo, así como de los gastos de imprenta y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser objeto de publicación en ninguna otra publicación.

Comentarios

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser objeto de publicación en ninguna otra publicación.

ISSN 0014-1801
1138-4111-36221
Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
M. C. C. I. C.

Directora:

Rosario López Ródenas
 Directora General de los Servicios Jurídicos
 rosario.lopez@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 Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

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.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/index.htm o 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.

cuatricentros (Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO) ... 181

La aportación de la jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico: una aproximación al estudio de sus principales criterios generales (Miguel Ángel PÉREZ GRANDE) ... 241

Comentarios ... 269

Inoperatividad práctica del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas tras la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad de Madrid (María del Carmen LÓPEZ DE ZUAZO SÁNCHEZ) ... 271

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista los trabajos de los autores que no estén publicados anteriormente en la Revista. La dirección de la Revista decide la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el resultado de la aceptación. También podrá ser aceptada para su publicación la obra de un autor que ya haya publicado en la Revista, siempre que se trate de un trabajo de índole diferente al que ya ha publicado en la Revista.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán estar en cualquier otra publicación, pero no podrán ser reproducidos en la misma. Los que no se publiquen no podrán ser reproducidos en ninguna otra publicación.

La Revista Jurídica es un órgano de la Asociación de Abogados de Madrid. Los trabajos se remiten en papel, por una sola copia, y en duplicado. Los trabajos de los autores que no sean de carácter científico o profesional no serán admitidos. El título del trabajo, el nombre del autor y la dirección, deben constar en el título del trabajo, el nombre del autor y la dirección, deben constar en el título del trabajo.

Los autores de los trabajos publicados serán responsables de la veracidad de los datos que se citen en los trabajos y de la exactitud de los datos que se citen en los trabajos.

Los autores de los trabajos publicados serán responsables de la veracidad de los datos que se citen en los trabajos y de la exactitud de los datos que se citen en los trabajos.

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| Paloma SANZ BAOS | 177 |
| Cuestiones sobre desgracia y recuperación de las zonas de riesgo de zona inundable (Javier PALACIOS BLANCO) | 285 |
| Estudios | 9 |
| Algunos aspectos aplicables a los pagos efectuados al extranjero en los supuestos de unidad, separación o divorcio. Especial referencia a la asistencia jurídica gratuita: novedades en su regulación estatal y autonómica. La STC 95/2003 (Paloma SANZ BAOS) | 11 |
| La regulación actual de los paraísos fiscales en España (Juan Ramón MEDINA CEPERO) | 45 |
| Política agrícola común en la Unión Europea: evolución y análisis de la PAC (Maximiliano A. KRAUSE) | 63 |
| La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver. (Segunda parte) (Inés CHAMORRO y Tomás IVORRA ARDITE) | 79 |
| La actuación pública mediante sociedad urbanística con la finalidad de obtener suelo residencial urbanizado: el proyecto Ciudad Jardín-Arroyomolinos (Victoria LÓPEZ TORRALBA) .. | 111 |
| El proceso de reforma de la ejecución de la pena privativa de libertad: una visión de conjunto (Francisco RACIONERO CARMONA) | 139 |
| Las fuentes de las obligaciones de la Administración: especial referencia a la aplicación de las categorías del contrato y el cuasicontrato (Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO) ... | 181 |
| La aportación de la Jurisprudencia constitucional a la construcción del Estado autonómico: una aproximación al estudio de sus principales criterios generales (Miguel Ángel PÉREZ GRANDE) | 241 |
| Comentarios | 269 |
| Inoperatividad práctica del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas tras la entrada en vigor de la Ley 2/2002, de 19 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental de la Comunidad de Madrid (María del Carmen LÓPEZ DE ZUAZO SÁNCHEZ) | 271 |

| | |
|--|-----|
| Derecho del Trabajo. <i>Módulo</i> (María Antonia BOHATO DE PAIVA) | 377 |
| Cuestiones sobre denegación y revocación de licencias de armas de caza. <i>Jurisprudencia aplicable</i> (Iñigo PALACIOS BLANCO) | 285 |
| Régimen tributario aplicable a los pagos efectuados al cónyuge en los supuestos de nulidad, separación o divorcio. <i>Especial referencia a la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid</i> (José María TOVILLAS NIÑO) | 295 |
| Selección de Dictámenes | 309 |
| Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. <i>Tercer cuatrimestre 2003</i> | 325 |

ESTUDIOS

LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA: NOVEDADES EN SU REGULACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA. LA STC 95/2003

POR

PALOMA SANZ BAOS

LETRADA JEFE DEL SERVICIO JURÍDICO EN LA CONSEJERÍA DE JUSTICIA E INTERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. CONCEPTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. II. RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE. III. COMPOSICIÓN DE LAS COMISIONES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. IV. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. a) Procedimiento general. a1) Solicitud. a2) Subsanción de deficiencias. a3) Designación provisional de abogado y procurador. a4) Instrucción por la Comisión. a5) Casos especiales. a6) Terminación: resolución de la Comisión. a7) Posibilidad de dejar sin efecto la resolución: revocación e impugnación. b) Procedimiento especial para juicios rápidos. V. ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA LETRADA, DEFENSA Y REPRESENTACIÓN. VI. SUBVENCIONES A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA. VII. ASISTENCIA PERICIAL GRATUITA. VIII. LA STC 95/2003, DE 23 DE MAYO. ANEXO: TABLA COMPARATIVA DE HONORARIOS ABOGADOS A LOS PROFESIONALES EN EL ESTADO Y EN LA COMUNIDAD DE MADRID.

I. CONCEPTO DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El derecho de asistencia jurídica gratuita (tradicionalmente llamado beneficio de pobreza) es un derecho público subjetivo, de carácter estrictamente procesal por su finalidad, estructura y rango constitucional, en virtud del cual la parte procesal, actual o futura, que acredite insuficiencia de recursos para ejercer su derecho de acción u oponer su resistencia, que en su caso litigue por derechos propios, y que bajo determinadas condiciones y en función de su posición procesal, tenga posibilidades de éxito en el proceso civil, penal, administrativo, laboral o constitucional, queda exenta total o parcialmente, de abonar los gastos que el proceso origine, los de asesoramiento previo, y los honorarios y derechos de los profesionales que en él intervienen¹.

¹ MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto *et al.* *Derecho jurisdiccional*. Parte General. 10.ª ed., vol. I. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000 p. 258.

Se trata de un derecho que posee en nuestro Ordenamiento una larga tradición histórica, habiendo sido elevado a rango constitucional en la Constitución de la II República de 1931, y que adquiere unas características específicas y un relieve especial en el Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución de 1978. Internacionalmente el derecho a la asistencia jurídica gratuita se plasma en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6.3.c) del Convenio de Roma de 1950, de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, y en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York, de 1966.

Su reconocimiento en el artículo 119 de la Constitución («la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y en todo caso respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar») dio lugar a su plasmación en el artículo 20 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual: «1. La justicia será gratuita en los supuestos que establezca la Ley. 2. Se regulará por Ley un sistema de justicia gratuita que dé efectividad al derecho declarado en los artículos 24 y 119 de la Constitución, en los casos de insuficiencia de recursos para litigar».

El artículo 119 no proclama la gratuidad de la administración de justicia, pero tampoco permite al legislador optar por no establecer ningún régimen de gratuidad; se consagra un derecho a la gratuidad de la justicia como derecho prestacional de configuración legal, es decir en los casos y en la forma que la ley determine, atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias.

Como señala la STC 16/1994, este derecho es no sólo garantía de los intereses de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho; su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas; a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.

Uno de los principales inconvenientes de la regulación anterior a la Ley 1/1996 radicaba en que el derecho de asistencia jurídica gratuita (o beneficio de pobreza, como entonces se denominaba) se hallaba regulado en textos legales diferentes para cada orden jurisdiccional (así los arts. 13-50 de la antigua LEC, arts. 119-140, 788, 874 y 876 LECr, arts. 25 y 26 LPL y art. 132 de la LJCA de 1956).

Para poner fin a esta dispersión normativa se promulgó la Ley vigente Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita (en adelante LAJG) cuya principal novedad fue la desjudicialización del procedimiento de reconocimiento de ese derecho, de manera que se ha transformado en un procedimiento enteramente administrativo, excepto el recurso contra esa decisión administrativa que se ventila ante los tribunales de justicia.

II. RÉGIMEN NORMATIVO VIGENTE

Con apoyo en la ya citada LAJG, se han publicado recientemente sendos reglamentos reguladores de la asistencia jurídica gratuita:

- En la Comunidad de Madrid se ha dictado el Decreto 86/2003, de 19 de junio (BOCM n.º 148, de 24 de junio de 2003).
- En el Estado, el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio (BOE n.º 188, de 7 de agosto de 2003).

La entrada en vigor de tales Reglamentos se produjo en ambos casos al día siguiente de su publicación en los respectivos Boletines Oficiales². Esta coincidencia temporal en la regulación de una misma materia, tanto por el Estado como por la Comunidad de Madrid, nos da pie para estudiar su funcionamiento, engarce constitucional y normativa vigente.

Ambos reglamentos son disposiciones que derivan de la LAJG, si bien su nexo de unión con dicho texto legal obedece a distintos fundamentos.

En el caso del Estado, el RD 996/2003 desarrolla la LAJG, de acuerdo con la autorización que figura en la Disposición Final primera de esta última; es decir estamos ante el caso típico del reglamento ejecutivo, que desarrolla o complementa un texto legal; así pues, el reglamento estatal puede desarrollar todas y cada una de las normas contenidas en la ley.

Sin embargo en el caso de la Comunidad de Madrid, el Decreto 86/2003 se apoya en la Disposición Adicional primera, apartado tercero, de la citada LAJG. En efecto, la Disposición Adicional primera de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita enumera los preceptos constitucionales que le sirven de base al Legislador estatal para la promulgación de esa Ley, haciendo mención de los artículos que regulan dichas materias de competencia exclusivamente estatal,

² Disposición final 2.ª del Decreto 86/2003, y Disposición final 3.ª del RD 996/2003.

en las que por consiguiente, las Comunidades Autónomas no pueden entrar. Así son de competencia exclusivamente estatal la regulación de aspectos tales como los requisitos básicos para obtener asistencia jurídica gratuita, el contenido material del derecho, el carácter provincial de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, la revocación e impugnación del reconocimiento del derecho, o los efectos de tal reconocimiento. Sin embargo los restantes preceptos de la LAJG son de aplicación «en defecto de normativa específica de las Comunidades Autónomas que hayan asumido el ejercicio efectivo de las competencias en materia de provisión de medios para la Administración de Justicia» (Disposición Adicional primera, apartado 3.º LAJG). Por tanto los preceptos no citados en los dos primeros apartados de la Disposición adicional primera de la LAJG pueden dejar de aplicarse en aquellas Comunidades Autónomas que cumplan los dos siguientes requisitos:

- a) Que hayan asumido el ejercicio efectivo de las competencias en materia de provisión de medios para la Administración de Justicia.
- b) Que hayan dictado una normativa específica sobre la materia.

Pues bien la Comunidad de Madrid cumple hoy día ambos requisitos:

- a) Al amparo del artículo 49.1 de su Estatuto de Autonomía, que atribuye al Gobierno de la Comunidad de Madrid todas las facultades que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconozca o atribuya al Gobierno de la Nación, se ha publicado el Real Decreto 600/2002, de 1 de julio, aprobatorio del traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios estatales relativos al personal laboral y a la provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia. Entre las funciones traspasadas se incluyen el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la gestión de las subvenciones correspondientes a las actuaciones profesionales en el ámbito de la justicia gratuita.
- b) El segundo requisito se ha cumplido mediante la aprobación por el Gobierno de la Comunidad de Madrid del Decreto 86/2003, de 19 de junio.

En definitiva el panorama normativo vigente en materia de Justicia Gratuita puede equipararse a un triángulo en cuya cúspide se situaría la Ley 1/1996, de 10 de enero, y en cuyos vértices se encontrarían los dos reglamentos:

- El Decreto 86/2003, de plena aplicación en la Comunidad de Madrid.
- El Real Decreto 996/2003, excepto aquellas cuestiones ya reguladas en el Decreto autonómico.

Para terminar esta breve introducción cabe referirse a los motivos que han llevado a las dos Administraciones a dictar sus respectivos reglamentos: en el caso de la Comunidad de Madrid se trataba de ejercer la competencia normativa derivada del Real Decreto 600/2002, de 1 de julio, ya citado por el que se le traspasaban a esa Comunidad Autónoma las competencias en materia de provisión de medios a la Administración de Justicia. Por su parte, el Gobierno de la Nación elabora y aprueba el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, con un doble objetivo, plasmado en su Exposición de Motivos:

- Acomodar la regulación de la Asistencia Jurídica Gratuita a las novedades introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre enjuiciamiento rápido de ciertos delitos.
- Incorporar así mismo las modificaciones que se habían ido produciendo en el anterior Reglamento de desarrollo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre) que se deroga con el fin de evitar la dispersión normativa.

III. COMPOSICIÓN DE LAS COMISIONES DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Los artículos 9 y 10.1 de la LAJG, dictados al amparo de las competencias que al Estado confiere el artículo 149.1.5.º CE sobre Administración de Justicia, sentaron las normas básicas acerca de la organización de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita. Tales preceptos fueron modificados por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, así como por la Ley 7/2003¹³.

De todo este proceso de modificación normativa, a su vez desarrollado y completado por los recientes reglamentos sobre justicia gratuita, cabe extraer las siguientes ideas acerca del número y composición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita:

¹³ Modificaciones introducidas por el legislador estatal a raíz de la STC 97/2001, de 5 abril, dictada en un recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra ciertos incisos de la redacción original de los artículos 9 y 10 y Disp. Ad. 1.ª que consideraban que afectaban a sus competencias.

a) Existe en primer lugar una *Comisión Central de Asistencia Jurídica Gratuita*, ubicada en la ciudad de Madrid. La preside un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal General del Estado, y se integra por los Decanos del Colegio de Abogados y del Colegio del Procuradores de Madrid, o por el abogado y procurador que ellos designen; por un Abogado del Estado y por un funcionario del Ministerio de Justicia, perteneciente a un cuerpo o escala del grupo A que, además, actuará como Secretario (arts. 10 LAJG, y 3 RD 996/2003). La función de esta Comisión Central consiste en decidir el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita en relación con los procesos seguidos ante órganos jurisdiccionales que extiendan su competencia a todo el territorio nacional, es decir Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencia Nacional (art. 2 RD 996/2003).

b) Respecto del ámbito territorial que todavía corresponde al Ministerio de Justicia (es decir aquellas Comunidades Autónomas que todavía no han asumido competencias en materia de provisión de medios a la Administración de Justicia), en cada capital de provincia, así como en las ciudades de Ceuta y Melilla, y en las Islas de Menorca e Ibiza, se constituyen sendas *Comisiones Provinciales (o Insulares) de Asistencia Jurídica Gratuita* (art. 2.1 RD 996/2003) que estarán formadas por:

- Un miembro del Ministerio Fiscal (designado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, o, en su caso de la Audiencia Provincial) que actuará como presidente.
- Un Abogado del Estado (designado por el Abogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado).
- Un funcionario que ocupe un puesto de trabajo correspondiente a cuerpos o escalas del grupo A, que ejerce las funciones de secretario de la Comisión (designado por el Subsecretario de Justicia de entre los funcionarios destinados en la correspondiente Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia; tratándose de una provincia donde no exista Gerencia Territorial del Ministerio de Justicia, será designado por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, de entre los funcionarios destinados en la Delegación o Subdelegación del Gobierno respectiva; finalmente para las Comisiones insulares en islas donde no radique la capital de provincia, el funcionario será designado por el Director Insular de la

Administración General del Estado, de entre los destinados en la respectiva Dirección Insular, art. 3.2 RD 996/2003).

c) Ahora bien, el mismo RD 996/2003 admite la posibilidad de crear Delegaciones de las *Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita* en aquellos casos en que el volumen de los asuntos a tratar, las circunstancias geográficas u otras causas justificadas lo aconsejen. La creación de estas Delegaciones se efectuará por Real Decreto (a propuesta conjunta del Ministro de Justicia y del Ministro de Administraciones Públicas, o solo con aprobación previa de este último según se integren o no en esas Delegaciones de Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, funcionarios de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, art. 2.2 RD 996/2003). En todo caso en estas Delegaciones estarán representadas las mismas instituciones que integran las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, y estarán sujetas a las directrices de actuación y a los criterios generales que adopten las Comisiones provinciales para su funcionamiento (art. 2 apartados 3 y 4 RD 996/2003).

Tanto la Comisión central como las provinciales o insulares se adscriben orgánicamente a las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia, o donde no existan, a las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno. Estos órganos han de prestar el soporte administrativo y apoyo técnico necesarios para su funcionamiento (art. 4 RD 996/2003).

d) En el ámbito madrileño, el artículo 2 del Decreto 86/2003, crea la *Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid*, con sede en el municipio de Madrid, y cuyas funciones consisten en el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita en el ámbito territorial a que alcanza el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Su composición es la siguiente (art. 4 Decreto 86/2003):

- Un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que actuará como presidente.
- Un letrado de la Comunidad de Madrid, designado por el titular de la Consejería a la que esté adscrita la Dirección General de los Servicios Jurídicos.
- Un funcionario del grupo A de Administración General, Licenciado en Derecho, designado por el titular de la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia

de justicia, y que realizará las funciones de Secretario de la Comisión.

- El Decano de uno de los dos Ilustres Colegios de Abogados existentes en el territorio de la Comunidad de Madrid, o el abogado que aquél designe. La designación se producirá previo acuerdo entre los Decanos de Madrid y de Alcalá de Henares; a falta de tal acuerdo, formará parte de la Comisión el Decano que designe el Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid.
- El Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid o el procurador que aquél designe.

La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid se adscribe orgánicamente a la Consejería competente en materia de Justicia: actualmente la Consejería de Justicia e Interior⁴.

De acuerdo con el artículo 6 de ambos Reglamentos, las respectivas Comisiones deben acomodar su funcionamiento a la LAJG, así como a las normas contenidas en la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común sobre órganos colegiados.

Sus funciones se enumeran en el artículo 7 de ambos reglamentos, de acuerdo con esas normas corresponde a la Comisión, en los términos previstos por la LAJG:

- a) Reconocer o denegar el derecho a la asistencia jurídica gratuita, confirmando o modificando, en su caso, las decisiones previamente adoptadas por los Colegios profesionales.
- b) Revocar el derecho reconocido cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 19 de la referida Ley.
- c) Efectuar las comprobaciones y recabar la información que se estimen necesarias a lo largo de la tramitación de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita y, en especial, requerir de las Administraciones tributarias la confirmación de la exactitud de los datos de carácter económico alegados por los solicitantes.
- d) Recibir y trasladar al órgano judicial que corresponda el expediente con el escrito de impugnación de las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho.
- e) Tramitar las comunicaciones relativas a la insostenibilidad de la pretensión presentada por los abogados.
- f) Supervisar las actuaciones de los Servicios de Orientación Jurídica previstos en el artículo 24 del presente Decreto, y

⁴ Decreto 155/2001, de 20 de septiembre (BOCM n.º 225, de 21 de septiembre).

reenviar a los Colegios las quejas o denuncias recibidas en relación con las actuaciones relacionadas con los servicios de asistencia jurídica gratuita, en aquellos casos en que tales iniciativas no se hayan planteado directamente ante el respectivo Colegio.

- g) Cooperar con otras Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, organismos o entidades para el desarrollo de su actividad en el ámbito de gestión administrativa propia de este órgano colegiado.
- h) Cualquier otra competencia que le atribuya la normativa reguladora de la asistencia jurídica gratuita.

V. PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

El capítulo III del Decreto 86/2003, de 19 de junio, de la Comunidad de Madrid, se dedica a la regulación de este procedimiento. Se distinguen dos procedimientos: uno general, y otro aplicable en los supuestos a que se refiere la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr.

A) Procedimiento general

A.1. Solicitud

Como es lógico, el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se inicia mediante una solicitud presentada por el interesado y acompañada de la documentación precisa para acreditar su situación económica (por ejemplo las cuatro últimas nóminas, fotocopia del libro de familia, certificado del Servicio Regional de Empleo o INEM donde conste su situación de desempleo, informe de la vida laboral, etc.). El modelo de solicitud se halla normalizado, constandingo en el Anexo I del Decreto 86/2003. Esta solicitud ha de presentarse, como norma general ante los Servicios de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados del lugar en que se halle el órgano judicial que haya de conocer del proceso principal, o ante el Juzgado del domicilio del solicitante. Esta última posibilidad, prevista ya en el antiguo reglamento estatal (RD 2103/96) se consideró por parte de la doctrina (CARRETERO SÁNCHEZ, S.) como carente de sentido, porque dilata el momento procesal intermedio, ya que el

Juzgado debe enviarlo a su vez a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita⁵. Sin embargo otros autores (BACHMAIER, L.) entienden que con esta norma los órganos judiciales asumen una función de colaboración, ayudando a delimitar desde un momento inicial cuál es el órgano competente, y por tanto el Colegio de Abogados o la Comisión con facultades para resolver la solicitud⁶.

Como especialidades relativas al lugar de presentación de las solicitudes cabe destacar las dos siguientes:

- *El proceso principal no se ha iniciado*: es decir el interesado pide la asistencia jurídica gratuita para iniciar un litigio en calidad de demandante: en tal caso la solicitud se puede presentar, desde luego ante el Servicio de Orientación Jurídica del respectivo Colegio de Abogados (de Madrid o Alcalá de Henares), o bien ante el Juzgado o el Decanato de los Juzgados del partido judicial correspondiente al domicilio del solicitante. En este último caso, si el interesado residiera fuera del territorio de la Comunidad de Madrid, el órgano judicial trasladaría inmediatamente su solicitud al Colegio de Abogados territorialmente competente.
- *El interesado solicita el reconocimiento excepcional del derecho a la asistencia jurídica gratuita*: como es sabido, la Ley establece unos requisitos básicos para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, que en síntesis lo circunscriben a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud (art. 3.1 LAJG)⁷. Sin embargo en el artículo 5 de la misma ley se permite el reconocimiento excepcional de este derecho a aquellas personas cuyos recursos e ingresos se hallen en una horquilla que oscile entre el doble y el cuádruplo del salario mínimo interprofesional, y en quienes además concurren especiales circunstancias por el número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas o costes derivados de la iniciación del proceso. Pues bien, tratándose de una solicitud de reconocimiento excepcional, la misma ha de presentarse por

⁵ CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago. Crítica práctica sobre la asistencia jurídica. En *Actualidad administrativa*, 1997, marzo, pág. 217.

⁶ BACHMAIER, Lorena. *La asistencia jurídica gratuita*. Granada: Comares, 1999, pág. 185.

⁷ El salario mínimo interprofesional se fijó para el año 2004 en 15,35 euros/día o 460,50 euros/mes (RD 1793/2002, de 26 de diciembre, de 27 de diciembre de 2003; BOE n.º 310).

el interesado directamente ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid. Si por error se presentara ante los Servicios de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados, se remitirían inmediatamente a la Comisión. Como después veremos, en estos casos no existe designación provisional de abogado y procurador por los respectivos Colegios, seguido de la confirmación (o denegación) del derecho por la Comisión, sino que es ésta únicamente la que se pronuncia al respecto⁸. Esta norma especial no figuraba en la LAJG sino que fue introducida por el antiguo reglamento estatal (art. 9.2 RD 2103/96).

Otra posibilidad de inicio del procedimiento consiste en que las designaciones provisionales se realicen a instancia del órgano judicial que estuviere conociendo del asunto, prevista tanto en la ley como en ambos reglamentos⁹. No obstante este requerimiento judicial a los Colegios profesionales para la designación provisional de abogado y procurador no constituye por sí misma iniciación del procedimiento, de manera que debe acompañarse de la solicitud firmada por el interesado, acompañada de la oportuna documentación para acreditar su derecho.

Se aprecian dos diferencias en cuanto al lugar de presentación en el RD 996/2003, respecto del Decreto 86/2003:

A) En el reglamento estatal la solicitud de inicio se presenta como norma general ante los Servicios de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer el proceso principal, y sólo se permite su presentación ante el juzgado del domicilio del solicitante en el supuesto de que el proceso no se hubiera iniciado (art. 9.1 RD 996/2003). En nuestra opinión esta norma restrictiva adoptada por el reglamento estatal parece menos acorde con el tenor de la ley que la norma autonómica, pues el artículo 12 LAJG admite la presentación de las solicitudes indistintamente ante el correspondiente Colegio de Abogados, o ante el Juzgado del domicilio del interesado. El Reglamento estatal ha fijado una discriminación que no aparece en la Ley, y que puede ser más gravosa para el interesado, especialmente para aquellas personas que no residan en el municipio donde radique el Colegio de Abogados

⁸ Entiendo que en virtud de tales diferencias en la tramitación cabría hablar de diferentes procedimientos según que el interesado pida un reconocimiento ordinario o excepcional del derecho. De manera que, en mi opinión, habría en total tres procedimientos: uno en circunstancias normales, el segundo sería el reconocimiento excepcional, y el tercero el aplicable en el caso de los delitos cuyo proceso se tramita por los cauces de la Ley 38/2003.

⁹ Artículos 9.3 Decreto 86/2003 y 13 RD 996/2003.

correspondiente, y se vean obligadas a desplazarse al mismo, en lugar de presentar su solicitud ante el Juzgado de su domicilio.

B) Otra diferencia radica en las solicitudes del orden penal cuando se ha decretado contra el interesado cualquier medida privativa de libertad o restrictiva de derechos, de forma que no sea posible presentar la documentación exigida y en los plazos establecidos: en tal caso dice el artículo 9.3 del RD 996/2003 que el letrado designado remitirá directamente a la Comisión la solicitud debidamente firmada por el interesado, en la que constará, de modo expreso, la identidad del solicitante y del asunto o procedimiento de que se trate, y a la que se unirá una diligencia acreditativa de la situación.

A.2. *Subsanación de deficiencias de la solicitud*

En el caso de que los Servicios de Orientación Jurídica apreciasen deficiencias en las solicitudes presentadas, se concedería al solicitante un plazo de 10 días para que los pudiera subsanar. Transcurrido ese plazo sin que se produzca la subsanación, el Colegio de Abogados archivará la solicitud, notificándose a la Comisión.

En este caso, si hubiere habido designación provisional previa de abogado y procurador, la intervención de la Comisión se limitaría a confirmar o revocar el acuerdo de archivo, pudiéndose impugnar judicialmente por los interesados el acuerdo de confirmación del archivo de la solicitud.

Cuando la solicitud se presenta directamente ante la Comisión, ésta también puede requerir al interesado para la subsanación de las deficiencias apreciadas en su solicitud.

A.3. *Designaciones provisionales de abogado y procurador por los respectivos Colegios profesionales*

Si el correspondiente Colegio de Abogados entiende que se cumplen todos los requisitos legales, procederá a la designación provisional de abogado en un plazo de quince días desde la recepción de la solicitud, o desde la subsanación de las deficiencias. Tal designación de abogado se comunica inmediatamente al Colegio de Procuradores, para que proceda a la designación de Procurador en un plazo de tres días hábiles, comunicando inmediatamente a aquel Colegio la designación efectuada. Cumplidos estos trámites, el Colegio de Abogados remitirá el expediente completo a la Comisión en un plazo de tres días.

Ahora bien el mencionado Colegio de Abogados puede no efectuar dichas designaciones provisionales en los tres casos siguientes:

1. Cuando estime que el peticionario no cumple los requisitos legales para el reconocimiento del derecho.
2. Cuando la pretensión principal contenida en la solicitud sea manifiestamente insostenible o carente de fundamento.
3. Cuando la solicitud haya sido denegada anteriormente por la Comisión para el mismo asunto o procedimiento; este supuesto no figura en la norma correlativa de la Ley (art. 15.2 de la Ley 1/1996), pero parece de sentido común.

En estos tres casos, el Colegio de Abogados comunicará al solicitante su decisión en un plazo de cinco días desde la recepción de la solicitud, y le dará traslado del expediente a la Comisión para que ésta resuelva definitivamente.

También han previsto el Decreto 86/2003 (así como el RD 996/2003) la posibilidad de que el Colegio de Abogados mantenga silencio respecto de la solicitud presentada, es decir, que transcurridos quince días hábiles el Colegio no se haya pronunciado (ya sea designando provisionalmente a los profesionales, o motivando su decisión de no hacerlo). Si esto sucediera, el interesado podría reiterar su solicitud ante la Comisión. En tal caso la Comisión recabará del Colegio de Abogados la inmediata remisión del expediente junto con un informe sobre la petición, ordenando al mismo tiempo las designaciones provisionales de abogado y de procurador, cuando sean necesarias con arreglo a las leyes procesales.

A.4. *Instrucción del procedimiento por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.*

Una vez que la Comisión tiene en su poder el expediente, dispone de un plazo de treinta días para efectuar las comprobaciones y recabar la información que estime necesarias para verificar la exactitud y realidad de los datos declarados por el solicitante, así como para dictar resolución. Entre estas actividades instructoras, destaca el Decreto 86/2003:

- La posibilidad de recabar información de las Administraciones tributarias sobre la situación económica del interesado.
- Así como oír a la parte o partes contrarias en el pleito o contra las que se pretenda ejercer la acción, cuando sean conocidas y se estime que pueden aportar datos para conocer la verdadera

situación económica del solicitante. En el caso de que no formulen alegaciones en el plazo de diez días, continuará la tramitación de la solicitud sin perjuicio del derecho de aquéllas tanto a personarse en el procedimiento en cualquier momento anterior a su resolución definitiva, como a impugnar la resolución que en su momento adopte la Comisión.

El RD contiene una norma innovadora en su artículo 15.2, según el cual «La petición de esta información, siempre que el interesado así lo autorice, podrá obtenerse por la comisión mediante los procedimientos de transmisión de datos a que se refiere el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificaciones por los ciudadanos.

A.5. Casos especiales en la tramitación del procedimiento

De entre las vicisitudes que pueden ocurrir durante la tramitación del expediente, cabe destacar las dos siguientes: caso de insostenibilidad de la pretensión, y renuncia del interesado a uno de los profesionales.

Caso de insostenibilidad de la pretensión

Ha previsto la ley y los respectivos reglamentos la posibilidad de que el abogado designado en primer lugar considere insostenible la pretensión hecha valer por el solicitante de la asistencia jurídica gratuita. En tal caso este abogado deberá comunicarlo motivadamente a la Comisión necesariamente dentro del plazo preclusivo de los seis días siguientes a su designación, o bien pedir la interrupción de ese plazo por carecer de la documentación necesaria para evaluar la pretensión del solicitante. En este último caso, la Comisión requerirá al interesado la presentación de esa documentación en un plazo máximo de diez días, y de no presentarla, la Comisión archivará la solicitud.

Formulada por el primer abogado la insostenibilidad de la pretensión, la Comisión recabará al Colegio de Abogados un dictamen sobre su viabilidad, y si este fuera coincidente con el de aquel letrado, se pedirá por la misma Comisión otro informe fundado del Ministerio Fiscal. En este punto el procedimiento admite dos posibilidades de tramitación:

- Si los dictámenes del Colegio de Abogados y del Ministerio Fiscal coinciden en la insostenibilidad de la pretensión del solicitante: la Comisión desestimará la solicitud.
- Si uno de aquellos dictámenes estimara defendible la pretensión: se nombrará a un segundo abogado, para quien será obligatoria la defensa, y a quien se harán llegar ambos dictámenes.

Finalmente cuando se trate de interponer recursos contra resoluciones que hayan puesto fin al proceso en la instancia correspondiente, si el abogado del recurrente considerase inviable la pretensión, se observará el mismo procedimiento que se acaba de explicar, comunicándolo aquél motivadamente a la Comisión, que pedirá dictamen al Colegio de Abogados y ulteriormente al Ministerio Fiscal, y confiándose la defensa del recurso a un segundo abogado en el supuesto de discordancia entre ambos dictámenes. El cómputo del plazo para la interposición de los recursos quedará suspendido hasta tanto se resuelve materialmente la viabilidad de la pretensión. Cabe destacar como excepción que en el orden penal y respecto de los condenados no cabrá formular insostenibilidad de la pretensión.

Por otro lado, a efectos de organización de los turnos, si la solicitud se desestimara por la Comisión por ser todos los informes coincidentes en su insostenibilidad, el abogado interviniente, mantendría el mismo orden de prelación que le correspondía antes de su designación. Los Colegios de Abogados llevarán un registro especial en el que harán constar los expedientes tramitados con motivo de las insostenibilidades formuladas por sus colegiados.

Caso de renuncia a uno de los profesionales

Como norma general el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio. En ningún caso pueden actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renuncie por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en el que se halle inscrito.

Si finalmente el derecho no fuera reconocido, los profesionales intervinientes podrán percibir de sus defendidos o representados los honorarios correspondientes a las actuaciones practicadas (art. 27 LAJG).

Como es sabido dentro del derecho a la asistencia jurídica gratuita se incluye no sólo la defensa y representación gratuitas, sino también

otras prestaciones tales como la inserción gratuita de anuncios o edictos en periódicos oficiales, la exención del pago de depósitos para interponer recursos, o la asistencia pericial gratuita entre otras¹⁰. Pues bien cabe la posibilidad de que una persona que reúna los requisitos necesarios para obtener el reconocimiento del derecho quiera designar abogado y procurador de su confianza, de manera que sólo obtenga gratuitamente el resto de prestaciones previstas en la LAJG. Debe destacarse que en este caso de renuncia conjunta a la designación de ambos profesionales, no se les pide ningún escrito de renuncia a la percepción de sus honorarios. Por último cabe que el interesado renuncie a ambos profesionales después de su designación oficial, en cuyo caso deberá comunicarlo expresamente a la Comisión y a los respectivos Colegios profesionales, y no implicará la pérdida de las demás prestaciones reconocidas en la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 28 LAJG). Esta materia también se regula en el artículo 28 Decreto 86/2003 y artículo 31 RD 996/2003.

Sistematizando lo anterior podemos enumerar las siguientes posibilidades:

- a) El interesado obtiene el derecho a la asistencia jurídica gratuita con todas las prestaciones enumeradas en el artículo 6 LAJG.
- b) El interesado renuncia a uno de los profesionales (el abogado o el procurador) a condición de que el profesional libremente designado renuncie por escrito a la percepción de sus honorarios ante el interesado y ante la Comisión; por lo tanto el interesado se beneficia del trabajo gratuito del abogado o del procurador y del resto de prestaciones enumeradas en el artículo 6 LAJG.
- c) El interesado renuncia a ambos profesionales (designando a un abogado y un procurador de su confianza) pero se beneficia del resto de prestaciones comprendidas en el derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este caso no es precisa ninguna renuncia formal a la percepción de honorarios.

A.6. Terminación del procedimiento: resolución de la Comisión

La resolución de la Comisión puede versar sobre el fondo del asunto, o por el contrario tratarse de una resolución formal, que no entre a valorar la pretensión de fondo por deficiencias en la solicitud.

A) *Resolución formal sobre el archivo de la solicitud*: En este caso, la Comisión se limita a confirmar o revocar el archivo de la solicitud

¹⁰ Ver artículo 6 LAJG.

decidido inicialmente por el Colegio de Abogados en el supuesto de que el interesado no haya subsanado las deficiencias observadas en su solicitud. Recordemos que esta resolución es impugnabile ante los Tribunales en caso de confirmar el archivo del expediente (*a contrario sensu* no lo es cuando decide revocar tal acuerdo de archivo y procede a examinar la petición de fondo).

La posibilidad de que la Comisión Central se pronuncie ratificando o revocando el acuerdo de archivo de las actuaciones existe de facto, pues está prevista en el artículo 12 *in fine* del RD 996/2003, sin embargo no se menciona en el artículo 16 del mismo RD (sobre la resolución, su contenido y efectos) en lo que parece una preterición no intencionada del redactor de este Reglamento estatal; en este punto la redacción del Decreto madrileño ha sido más cuidadosa, previendo todas las posibilidades.

Hay otro supuesto en que la Comisión puede ordenar el archivo de la solicitud del interesado: si éste no aporta la documentación indispensable para que el abogado designado por el Colegio examine la sostenibilidad de su pretensión, una vez transcurridos diez días desde la recepción de aquel requerimiento.

B) *Resolución de fondo sobre la pretensión principal*: Lo más habitual es que la Comisión entre a valorar el fondo de la cuestión, reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita. La resolución *estimatoria* implica la confirmación de las designaciones provisionales de abogado y, en su caso, de procurador efectuadas por los Colegios profesionales. Si tales designaciones provisionales aun no se hubieran producido, la Comisión requeriría inmediatamente a los Colegios para que las llevaran a efecto; tratándose de un caso de reconocimiento excepcional del derecho, la Comisión determinaríá cuáles de las prestaciones que integran el derecho son de aplicación al solicitante. Cuando la Comisión decide la *desestimación* de la solicitud de asistencia jurídica gratuita, las designaciones de oficio quedan sin efecto, y el solicitante deberá designar profesionales de su libre elección. Es más, el interesado habrá de abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por los servicios efectivamente prestados por el abogado y procurador de oficio.

Esta resolución (sea cual fuere su contenido) se notificará al solicitante, al Colegio de Abogados, y al de Procuradores. Así mismo se comunicará, en su caso, al órgano judicial que estuviere conociendo del proceso principal, a efectos de que el resto de litigantes o intervinientes en el mismo la conozcan y puedan, si procede, impugnarla. Como es lógico en cualquier órgano colegiado, las notificaciones y resoluciones corren a cargo del Secretario de la Comisión. El RD 996/2003 ha fijado un plazo concreto para esta

notificación: tres días comunes para todos los destinatarios, mientras que el Decreto 86/2003 no se establece plazo.

Contempla el Decreto 86/2003 (art. 18) la posibilidad de *silencio administrativo*, ya sea del Colegio de Abogados, de la Comisión, o de ambos órganos. Veamos cada uno de estos supuestos:

- a) Como se ha explicado antes, el Colegio de Abogados ha de pronunciarse en un plazo de 15 días desde la recepción de la solicitud, plazo que para la Comisión es de 30 días hábiles desde que se le da traslado del expediente; pues bien si ninguno de estos órganos se hubiere pronunciado en plazo, la solicitud puede entenderse estimada (es decir se trata de un caso de silencio administrativo positivo). Por lo tanto en este caso el Decreto habilita al interesado para solicitar al órgano judicial que conociere del asunto principal (o al Juez decano competente si no hubiere comenzado ese proceso) para requerir a los Colegios Profesionales la designación de abogado, y en su caso, de procurador.
- b) También puede ocurrir que el Colegio de Abogados se haya pronunciado en plazo (sea cual fuere el sentido de su decisión) pero que la Comisión no lo haga: en tal caso quedarán ratificadas las decisiones previamente adoptadas por los Colegios, con los efectos que en cada caso procedan.

A.7. Posibilidades de dejar sin efecto esa resolución: impugnación y revocación de la misma

Se han previsto dos vías legales a través de las cuales la decisión (expresa o presunta) adoptada por la Comisión puede quedar sin efecto: una es su impugnación judicial por cualquier interesado (no sólo los solicitantes), la otra es su revocación por la propia Comisión. Veamos por separado cada una de estas posibilidades.

Revocación del derecho por la Comisión (art. 19 LAJG)

La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid es competente para revisar de oficio sus propios actos cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- La declaración errónea (basta por lo tanto que concurra una simple negligencia).
- El falseamiento u ocultación de datos por los solicitantes que hayan sido determinantes para el reconocimiento del derecho (donde puede apreciarse intención de engañar o dolo).

Conviene llamar la atención sobre la dicción literal del artículo 19 párrafo primero de la Ley, el cual dice que tales circunstancias darán lugar a la revocación «en todo caso», es decir, no se deja ningún margen a la discrecionalidad de la correspondiente Comisión, sino que dicha revocación ha de efectuarse siempre.

Revocado así el derecho, quienes se hubieran beneficiado de su concesión procederán al pago de todos los honorarios y derechos económicos devengados por los profesionales designados de oficio. En ningún caso, sin embargo, podrá reclamar el abogado del procurador el abono de sus honorarios. Además ese pago es independiente de las responsabilidades de otro orden que, en su caso, correspondan, piénsese por ejemplo en la eventualidad de que se hubiere cometido algún delito de falsificación de documento público con la aportación de documentación junto con la solicitud.

La resolución revocatoria indicará expresamente la obligación que incumbe a los hasta entonces beneficiarios de reintegrar la cantidad correspondiente a las prestaciones obtenidas en razón de aquel reconocimiento, pudiendo la Administración competente exigir dicho reembolso mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación. Dicha resolución será notificada al interesado y comunicada a los Colegios de Abogados y, en su caso, de Procuradores, a la parte o partes interesadas y al órgano judicial que esté conociendo del proceso.

Impugnación judicial de la resolución

La decisión adoptada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita causa estado en la vía administrativa, por lo que es revisable en la vía judicial. Concretamente pueden llevarse ante los Tribunales de Justicia las siguientes decisiones de la Comisión:

- Las resoluciones que reconozcan o denieguen el derecho solicitado.
- Las resoluciones que revoquen el derecho previamente reconocido.
- Las resoluciones que confirmen el archivo de la solicitud decidido por el Colegio de Abogados (no así la resolución que revoque ese archivo): esta última posibilidad no se ha previsto por el RD 996/2003, tan solo por el Reglamento madrileño.

Es órgano competente para decidir sobre esta impugnación el mismo órgano judicial que estuviere conociendo del proceso principal. Están legitimados para presentar esta impugnación, desde

luego el solicitante, pero también la parte contraria en el pleito o las personas contra las que se pretenda ejercitar la acción; evidentemente el sentido de la impugnación de uno y otros será muy distinto: así el interesado, lógicamente impugnará la resolución denegatoria de su derecho, o en que se ordene el archivo de su solicitud, mientras que las partes contrarias tenderán a impugnar la resolución estimatoria de la solicitud, aportando pruebas de la mejor fortuna del interesado. El RD se limita a decir que pueden presentar esa impugnación los titulares de cualquier derecho o interés legítimo (art. 19).

B) Procedimiento especial para los procesos de enjuiciamiento rápido de delitos

El ámbito de aplicación de este procedimiento coincide con el de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita referidas a causas criminales por delitos (se excluyen las faltas) que deban tramitarse por los cauces de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECr, sobre enjuiciamiento rápido e inmediato de ciertos delitos y faltas¹¹.

¹¹ Concretamente para conocer el ámbito de aplicación de este procedimiento debe acudir al artículo 795 LECr, redactado por la Ley 38/2002, que dispone lo siguiente:
Artículo 795 LECr.

Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualesquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se inicie en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concurra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.º Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente *in fraganti* aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

2.º Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

- Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código Penal.
- Delitos de hurto.
- Delitos de robo.
- Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.
- Delitos contra la seguridad del tráfico.

3.º Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

2. El procedimiento regulado en este Título no será de aplicación a la investigación y

Las principales especialidades que presenta el procedimiento de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en este caso son las siguientes:

- La asistencia letrada se prestará por un único abogado desde la detención, si la hubiera, o desde la primera comparecencia, extendiéndose a todas las fases del procedimiento, incluida la sentencia (arts. 29 D. 86/2003 y 27.2 RD 996/2003).
- Para la prestación del servicio de asistencia letrada al imputado, detenido o preso no será necesario que éste acredite previamente carecer de recursos económicos (art. 29.3 D 86/2003).
- El interesado dispondrá de cuarenta y ocho horas para presentar la documentación que deba acompañar al escrito de solicitud para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita.
- En el caso de que presuma la carencia notoria de medios del solicitante, el abogado emitirá un informe en tal sentido que, junto al impreso de solicitud, será remitido a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid a fin de que ésta recabe la información que corresponda. En este caso se confiere al informe del abogado un valor probatorio, al menos a primera vista, siendo suficiente para continuar con la tramitación del procedimiento, a expensas de que la Comisión recabe más información.
- La Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid dará preferencia absoluta a esta clase de solicitudes.
- En todo lo demás, será de aplicación a las solicitudes el procedimiento general.

Como especialidad del RD 996/2003 cabe decir que resulta muy llamativa la posibilidad prevista en su artículo 21.4, que en la práctica desemboca en la tramitación del procedimiento sin la firma del interesado. Señala este apartado que como norma general en la solicitud deberán constar los datos identificativos del solicitante y deberá estar debidamente firmada por éste. No obstante, si por cualquier circunstancia el asistido no firmara la solicitud y el letrado apreciara que es posible beneficiario de asistencia jurídica gratuita, se hará constar esta circunstancia, a fin de que continúe la tramitación, lo cual se acreditará mediante certificación expedida por el secretario

enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior.

3. No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acortar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302.

del órgano judicial en el que se lleva a cabo la instrucción del procedimiento judicial. Ahora bien esa «facilitación» por el letrado del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita por su defendido puede desembocar en la exigencia de responsabilidad, pues si al asistido no le fuese reconocida posteriormente la condición de beneficiario de asistencia jurídica gratuita, el letrado actuante habrá de reembolsar a la Administración el importe de las retribuciones percibidas con motivo de su intervención profesional, una vez que haya cobrado del solicitante sus honorarios.

V. ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA LETRADA, DEFENSA Y REPRESENTACIÓN

Las directrices generales sobre la organización de los Servicios de Asistencia letrada de oficio se aprueban por los Consejos Generales de la Abogacía Española y del Colegio de Procuradores de los Tribunales de España; de acuerdo con tales directrices, las Juntas de Gobierno de los correspondientes Colegios de Abogados y de Procuradores regulan y organizan los servicios de asistencia letrada, y de defensa y representación de quienes soliciten abogado de oficio en cualquier jurisdicción o no designen abogado en la jurisdicción penal. Para garantizar la objetividad en su funcionamiento, los sistemas de distribución de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio son de conocimiento público para los colegiados, y pueden ser consultados por los interesados.

En el seno de cada Colegio de Abogados hay un Servicio de Orientación Jurídica que asume el asesoramiento previo a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita, información y suministro de medios materiales y personales.

En el ámbito penal deben tomarse especiales precauciones para garantizar la asistencia letrada al detenido, denunciado o persona a quien se atribuya algún delito, no siendo necesario que aquél acredite previamente carecer de recursos económicos, y así se advierte que a esos fines, cada Colegio de Abogados constituirá un turno de guardia permanente, de presencia física o localizable de los letrados, y a disposición de dicho servicio durante las veinticuatro horas del día. Tratándose de delitos de enjuiciamiento rápido contenidos en la Ley 38/2002, la asistencia letrada ha de prestarse por un único abogado desde la detención, si la hubiere, o desde la primera comparecencia, extendiéndose a todas fases de procedimiento, incluida la sentencia.

En relación con esta materia cabe destacar la regulación de la responsabilidad patrimonial por daños producidos por el funcio-

namiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita (art. 27 Decreto 86/2003). Se parte del reconocimiento de que los daños producidos por el funcionamiento de los servicios colegiales de asistencia jurídica gratuita serán resarcidos conforme a las reglas y principios generales de responsabilidad patrimonial contenidos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siguiendo los trámites del RD 429/1993, de 26 de marzo.

Se deberán tener en cuenta las siguientes especialidades:

- La anulación o modificación en vía administrativa o judicial de las decisiones adoptadas por los Colegios profesionales respecto de las designaciones provisionales de abogado y de procurador no suponen en sí mismas título de imputación de responsabilidad a aquéllos.
- El procedimiento de reclamación de indemnización se iniciará mediante solicitud del interesado, que se dirigirá y presentará ante el Colegio profesional que corresponda.
- La resolución final, acordando o desestimando la indemnización reclamada, será adoptada por la Junta de Gobierno del Colegio respectivo, previo dictamen del correspondiente órgano consultivo (es decir el Consejo de Estado).

En parecidos términos se pronuncia el artículo 34 RD 996/2003 (y el art. 26 LAJG).

VI. SUBVENCIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

La prestación del servicio público de asistencia jurídica gratuita supone un importante gasto para las Administraciones Públicas. Será el Ministerio de Justicia, o la Consejería competente en la materia, quien se ocupe de sufragar tales gastos. En el caso de la Comunidad de Madrid, esta Administración gastó de julio a diciembre de 2002 en este concepto 2.073.648,16 €, mientras que en el año 2003 está previsto que ese gasto ascienda a 13.887.233 €.

Normalmente las subvenciones, abonadas por trimestres, cubren los siguientes conceptos:

- Defensa y representación gratuita por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo,

sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

- Asistencia letrada al detenido o preso que no lo hubiere designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso, o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado letrado en el lugar donde se preste.
- Tramitación de los expedientes, concepto en el que se incluyen el asesoramiento y la orientación previos al proceso a quienes pretendan reclamar tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

Tanto el Ministerio de Justicia como la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid retribuyen a los abogados y procuradores designados de oficio conforme a bases económicas y módulos de compensación fijados en atención a la tipología de procedimientos en los que intervengan dichos profesionales. Al comparar tales bases económicas (que figuran en Anexos de los respectivos reglamentos) llama la atención la superior cuantía de las compensaciones abonadas por la Administración madrileña, diferencia que alcanza en ciertos supuestos hasta un 50 %¹².

En cuanto al momento de devengo de la prestación por lo abogados y procuradores, el Anexo III de ambos reglamentos establece idénticas normas, que pueden resumirse de la forma siguiente:

- Los abogados y procuradores devengarán un 70 % de su indemnización a la presentación de la copia de la diligencia judicial acreditativa de su intervención ante los Tribunales (por ejemplo la providencia de admisión de la demanda, o de tener por formulada la contestación a la misma). El 30 % restante se devengará con la presentación de la copia de la sentencia o resolución que ponga fin a la instancia.
- En el resto de casos (transacciones extrajudiciales, informes de insostenibilidad, salidas a centros de prisión y vía administrativa previa por extranjería y asilo) se devengará la totalidad de la indemnización a la presentación de los documentos acreditativos de la actuación realizada.

¹² Ver la tabla comparativa de los honorarios abonados por el Estado y la Comunidad de Madrid que figura en el Anexo de este trabajo.

Toda esta documentación ha de presentarse ante el Colegio por el profesional dentro del mes siguiente a su respectiva intervención (art. 34.4 Decreto 86/2003).

No sólo perciben indemnizaciones los abogados y procuradores, sino también los respectivos Colegios profesionales, por el coste que genera el funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita. Así mismo los Consejos Generales de Colegios de Abogados y Procuradores perciben una indemnización, que en el caso de la Comunidad de Madrid alcanza el 11,5 % del importe trimestral correspondiente a los Colegios a ellos adscritos, por los expedientes tramitados durante dicho período y certificados por tales Colegios.

Respecto de la tramitación del cobro de las subvenciones, aclara el reglamento madrileño que dentro del mes natural siguiente a la finalización de cada trimestre, ambos Consejos Generales (el de Colegios de Abogados y de Procuradores) remitirán a la Consejería competente en la materia sus respectivas certificaciones, con datos relativos al número y clase de actuaciones realizadas por cada Colegio durante el trimestre anterior, junto con la justificación del coste económico total asociado a los mismos. Una vez cobrada dicha subvención, son los respectivos Consejos Generales de Abogados y Procuradores quienes distribuirán entre sus respectivos Colegios el importe de la subvención que corresponda a cada uno, en función del número de actuaciones profesionales realizadas y acreditadas por estos ante el respectivo Consejo durante el trimestre inmediatamente anterior. A estos efectos se considera a los Consejos Generales y Colegios profesionales entidades colaboradoras de la Comunidad de Madrid, estando sujetas a las normas aplicables según la propia Ley de subvenciones de esa Comunidad autónoma.

Para terminar con la financiación de este servicio cabe citar el documento de justificación anual de la aplicación de la subvención, que debe presentarse por los Consejos Generales de Abogados y Procuradores dentro de los cuatro primeros meses de cada año, referido a la subvención concedida durante el año inmediatamente anterior.

VII. ASISTENCIA PERICIAL GRATUITA

La LAJG incluye dentro del contenido material del derecho que nos ocupa la prestación de asistencia pericial gratuita, a cargo del personal técnico adscrito a los órganos judiciales, o en su defecto a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas.

En tal sentido, el Decreto madrileño previene que una vez recibido el requerimiento del órgano judicial que esté conociendo del proceso en que se haya admitido la prueba pericial propuesta por la parte beneficiaria de la asistencia jurídica gratuita, la Consejería competente facilitará la identidad del técnico u organismo que reúna los conocimientos que la pericia precise. Sin embargo se puede acudir a un perito privado si concurren los dos siguientes requisitos (art. 43):

- a) Inexistencia de técnicos, en la materia de que se trate, dependientes de los órganos de la Administración de Justicia o de la Comunidad de Madrid.
- b) Resolución motivada del órgano de la Administración de Justicia por la que se estime pertinente la concreta actuación pericial.

La Comunidad de Madrid abonará las pruebas periciales así acordadas sólo cuando beneficien o afecten a los intereses del litigante que tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, y sólo procederá a dicho pago una vez realizada la pericia. En esta materia los Colegios profesionales cumplen un importante papel colaborador, pues deben remitir anualmente a la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas la lista de colegiados en el ámbito territorial autonómico dispuestos a actuar como peritos.

Creo que éste podría ser un campo idóneo para poner en práctica el principio de colaboración interadministrativa enunciado por el artículo 4 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, de manera que antes de acudir a peritos privados, podría haberse pensado en acudir a funcionarios técnicos de otras Administraciones.

En cuanto al RD 996/2003, se refiere a la asistencia pericial gratuita en sus artículos 45 y 46, relativos básicamente al pago de honorarios y señalando lo siguiente:

- Artículo 45. Abono de honorarios.**
1. El abono de los honorarios devengados por los profesionales a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita correrá a cargo del Ministerio de Justicia, excepto en los siguientes casos:
 - a) Cuando en la sentencia que ponga fin al proceso haya pronunciamiento sobre costas a favor del titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita.
 - b) Cuando, venciendo en el pleito el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y no existiendo en la sentencia pronunciamiento expreso sobre costas, los beneficios obtenidos por aquél en el proce-

dimiento superen en tres veces la cuantía de las costas causadas en su defensa.

2. En el supuesto de que en la sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita, quedará éste obligado a abonar las peritaciones realizadas por técnicos privados, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniese a mejor fortuna.

Para hacer efectiva dicha obligación, será de aplicación el procedimiento al que hace referencia el artículo 20.

Artículo 46. Coste económico de las pruebas periciales.

1. Antes de la realización de la prueba pericial, el técnico privado designado conforme a lo previsto en el párrafo segundo del artículo 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita remitirá a la Gerencia del Ministerio de Justicia competente por razón del territorio, para su aprobación, una previsión del coste económico de aquella, que incluirá necesariamente los extremos siguientes:

- a) Tiempo previsto para la realización de la pericia y valoración del coste por hora.
- b) Gastos necesarios para su realización.
- c) Copia de la resolución judicial que dio lugar a la realización de la prueba.

La previsión inicial del coste quedará automáticamente aprobada si en el plazo de un mes, desde su remisión, la Gerencia Territorial no formula ningún reparo a su cuantificación.

2. La minuta de honorarios se ajustará a la previsión del coste económico, aprobada conforme a lo dispuesto en el apartado anterior. Para su devengo, el profesional aportará, además, documentos que acrediten el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita de quien instó la prueba pericial y pronunciamiento del órgano judicial sobre las costas generadas por el proceso.

VIII. LA STC 95/2003, DE 22 DE MAYO

Esta STC ha declarado inconstitucional el artículo 2.a) LAJG. El precepto impugnado, relativo al ámbito personal de aplicación de la Ley, disponía lo siguiente:

Artículo 2.a) LAJG «En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:

- a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legal-

mente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 12 de abril de 1996 el Defensor del Pueblo formalizó recurso de inconstitucionalidad contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la LAJG, al entender que vulnera los artículos 24 CE por no respetar el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y 53.1 CE, por igual motivo.

Alegaba el Defensor del Pueblo en su recurso que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha efectuado una interpretación extensiva del derecho a la asistencia de abogado, de suerte que no queda constreñido por la calificación como penal o administrativo que las legislaciones nacionales efectúen del asunto en que dicha asistencia resulte requerida. *Lo determinante para la aplicación del Convenio es el carácter sancionador de la norma que pueda resultar aplicable al caso.* Pues bien, según el Defensor del Pueblo el precepto impugnado no se ajusta a los acuerdos internacionales suscritos por España, ya que *limita la asistencia jurídica gratuita, en el caso de los extranjeros residentes no legales, a la jurisdicción penal y al derecho de asilo, quedando fuera de la cobertura de la LAJG todas aquellas cuestiones que afecten al status personal de los extranjeros no residentes legales que carezcan de medios económicos y que no guarden relación con el derecho de asilo ni con la jurisdicción penal.* En concreto la legislación de extranjería contempla la sanción de expulsión, para cuya impugnación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Ahora bien, como para acudir a tal jurisdicción es preceptiva la asistencia jurídica de Letrado y eventualmente de Procurador, en el caso de que el extranjero que se encuentra ilegalmente en España no disponga de recursos económicos para procurarse la asistencia de los referidos profesionales, como no se le reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita por los preceptos ahora recurridos de inconstitucionalidad la consecuencia es que, de hecho, se le impide ejercitar su derecho a obtener la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y obtener así una resolución judicial sobre la adecuación a Derecho de unas actuaciones administrativas que tan de lleno le afectan.

En los Fundamentos Jurídicos de la STC 95/2003, se estudia detenidamente el artículo 119 CE, y llega a la conclusión de que *«toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva habrá de gozar del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar en los términos en los que este concepto jurídico indeterminado sea configurado por el legislador ordinario (...) co-*

responde al legislador, dentro del amplio margen de libertad de configuración que es propio de su potestad legislativa, la concreción de este concepto normativo (...) una vez que el concepto «insuficiencia de recursos para litigar» empleado por el artículo 119 CE resulta concretado por el legislador, todas las personas físicas titulares del derecho a la tutela judicial efectiva habrán de poderse beneficiar del derecho prestacional a la gratuidad de la justicia (insistimos: del modo y manera en que lo configura el legislador) si en ellas concurre tal insuficiencia de recursos.

Dicho de otro modo, la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva al que, de forma instrumental, ha de servir el desarrollo legislativo del art. 119 CE, pues si no se les reconociese el derecho a la gratuidad de la justicia, su derecho a la tutela judicial efectiva resultaría meramente teórico y carecería de efectividad» (FJ 4).

Ya en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 115/1987, de 7 de julio, se había reconocido a los extranjeros con independencia de su situación jurídica la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. *Con determinadas salvedades expresamente previstas en el texto constitucional, los extranjeros disfrutaban de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, si bien atemperando su contenido a lo establecido en los Tratados internacionales y en la Ley interna española. «Pero ni siquiera esta modulación o atemperación es posible en relación con todos los derechos, pues «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos» (...) así sucede con aquellos derechos fundamentales «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano» o, dicho de otro modo, con «aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» (ibídem, F. 3).* Pues bien, uno de estos derechos es el que *«todas las personas tienen... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales», según dice el artículo 24.1 de nuestra Constitución. (...) Pues bien, a tenor de la norma impugnada, a los extranjeros que, sin tener la condición de residentes legalmente en España, pretendan impugnar alguna de las resoluciones administrativas a las que se refiere el Defensor del Pueblo en su recurso no puede reconocérseles el derecho a la asistencia jurídica gratuita pese a que reúnan las condiciones económicas que, en otro caso, les permitirían acceder a tal beneficio(...)*».

Por todo lo anterior, falla la STC 95/2003, de 22 de mayo, la estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad núm. 1555/1996,

promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso «que residan legalmente en España» del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero (RCL 1996, 89), de asistencia jurídica gratuita, y en consecuencia:

1.º Declarar que el inciso «legalmente» incluido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, es inconstitucional y por lo tanto nulo.

2.º Declarar que el término «residan», igualmente contenido en el citado apartado y artículo, sólo es constitucional si se entiende en el sentido indicado en el fundamento jurídico 7. Señala este FJ 7 que «la expresión «que residan (en España)» habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1 b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar.

Como conclusión puede afirmarse que actualmente los extranjeros no comunitarios que se encuentren físicamente en España tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los mismos términos que los españoles, y de hecho sus solicitudes alcanzan un porcentaje muy significativo del total que resuelve la Comisión madrileña.

ANEXO: Tabla comparativa de honorarios abonados a los profesionales en el Estado y en la Comunidad de Madrid

| Concepto a retribuir | Estado | Comunidad de Madrid |
|---|--------------------|---------------------|
| ASISTENCIA AL DETENIDO O PRESO | | |
| Asistencia individualizada | 60,10 € | 90,15 € |
| Servicio de guardia | De 60,10 a 150 € | 180,30 € |
| JURISDICCION PENAL | | |
| Intervención en procedimientos con Tribunal del Jurado | 300,51 € | 450,76 € |
| Intervención en procedimiento penal de especial complejidad | 300,51 € | 450,76 € |
| Por cada mil folios | 18,03 € | 30,05 € |
| A partir de 5 comparecencias en el Juzgado, por cada 5 comparecencias | 18,03 € | 30,05 € |
| A partir de 2 días de vista, por cada día | 54,09 € | 60,10 € |
| Procedimiento penal general | 270,45 € | 360,61 € |
| Procedimiento abreviado | 200 € | 300,51 € |
| Procedimiento de enjuiciamiento rápido | De 220 a 240 € | 330,56 € |
| Menores | 126,21 € | 300,51 € |
| Expedientes de vigilancia penitenciaria | De 114,19 a 120 € | 150,25 € |
| Juicios de faltas | 120,20 € | 70 € |
| Salidas a centros de prisión | De 12,02 a 30,05 € | De 12,02 a 30,05 € |
| JURISDICCION CIVIL | | |
| Juicio ordinario | 240,40 € | 300,51 € |
| Verbal | 150 € | 240,40 € |
| Juicio completo de familia | 200 € | 360,61 € |
| Mutuo acuerdo | 120 € | 180,30 € |
| Filiación, capacidad, paternidad | 200 € | 300,51 € |
| Monitorio | 150 € | 180,30 € |
| División judicial de patrimonios | 150 € | 300,51 € |
| Cambiario | 150 € | 300,51 € |
| Jurisdicción voluntaria | 150 € | 240,40 € |

| Concepto a retribuir | Estado | Comunidad de Madrid |
|---|---|---|
| JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA | | |
| Vía previa contencioso-administrativa | De 72,12 a 75 € | 120,20 € |
| Recurso contencioso-administrativo | 198,33 € | 300,51 € |
| JURISDICCIÓN SOCIAL | | |
| Procedimiento laboral | 132,22 € | 180,30 € |
| JURISDICCIÓN MILITAR | | |
| Procedimiento militar | Fase sumarial: 60,10 € Juicio oral: 120,20 € | 300,51 € |
| RECURSOS | | |
| Anuncio del recurso de casación | 24,04 € | 42,07 € |
| Recurso de casación | 260 e | No se regula por exceder la competencia autonómica. |
| Recurso de apelación | 102,17 € | 150,25 € |
| Recurso de amparo | 260 € | No se regula por exceder la competencia autonómica. |
| NORMAS GENERALES | | |
| Transacciones extrajudiciales | 75% de la cuantía aplicable | 75% de la cuantía aplicable |
| Por expediente tramitado | No se contempla | 30,05 € |
| Informe de insostenibilidad | 30,05 € | 60,10 € |
| En cuanto a los procuradores, se establecen los siguientes módulos de compensación económica. | | |
| Concepto a retribuir | Estado | Comunidad de Madrid |
| JURISDICCIÓN PENAL | | |
| Todos los procedimientos | 18,03 € | 30,05 € |
| Apelaciones | 21,03 € | 33,06 € |

| Concepto a retribuir | Estado | Comunidad de Madrid |
|---------------------------|-----------------|---------------------|
| JURISDICCIÓN CIVIL | | |
| Todos los procedimientos | 24,04 € | 30,05 € |
| Apelaciones | 21,03 € | 33,06 € |
| NORMAS GENERALES | | |
| Por expediente tramitado | No se contempla | 3,01 € |

Una advertencia debe hacerse en relación con estas cantidades, y es que en el caso de la Comunidad de Madrid, entrarán en vigor el 1 de enero de 2004 (Disp. Final tercera del Decreto 86/2003) aplicándose desde el 25 de junio hasta el 31 de diciembre de 2003 los módulos reflejados en la Disposición Transitoria del mismo Decreto 86/2003.

No se han incluido en las anteriores tablas las prestaciones por ciertos servicios que, por realizarse en Tribunales de ámbito estatal (como la Audiencia Nacional o el Tribunal Constitucional) exceden de la competencia de la Comunidad de Madrid, y se resuelven únicamente por la Comisión de Órganos Centrales.

El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, determina los países y territorios que para el fisco español tienen la consideración de paraísos fiscales a efectos de lo dispuesto tanto en la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF) como en la Ley sobre el Impuesto de Sociedades (en adelante, LISI). La lista de paraísos está sujeta a las modificaciones que dicten la política, el cambio de circunstancias económicas o la existencia de relaciones internacionales, y por ello, una disposición adicional autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda a introducir en la relación las modificaciones que aconsejen los cambios en la legislación fiscal de los diferentes países y territorios. A la espera de que en un breve plazo se produzcan algunas modificaciones, la relación de países o territorios calificada de paraíso fiscal es la siguiente:

| Concepto | Estado | Comunidad de Madrid |
|---|-----------------------------|---|
| JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA | | |
| Apelaciones | 17,00 € | 17,00 € |
| Recurso de amparo | 10,00 € | 10,00 € |
| NORMAS GENERALES | | |
| Por expedientes tramitados | 10,00 € | 10,00 € |
| JURISDICCIÓN SOCIAL | | |
| Procedimientos laborales | 132,22 € | 130,30 € |
| JURISDICCIÓN MILITAR | | |
| Una abogacía debe prestar en relación con estos expedientes y en el caso de la Comunidad de Madrid, en virtud de la Ley 2/2004 (BOJ 17/04/2004) que modifica la Ley 2/2003 (BOJ 17/04/2003) en relación con el 25 de junio de 2003 en la Disposición Transitoria del mismo Decreto. | | |
| No se han incluido en las presentes tablas las prestaciones por desempleo que por razones de índole especial (como la urgencia nacional o el interés constitucional) crecen de la Comunidad de Madrid y se refieren a procedimientos de la Comisión de Órganos Centrales. | | |
| Recurso de amparo | 10,00 € | 10,00 € |
| Recurso de amparo | 20,00 € | No se regula por existir la competencia autonómica. |
| NORMAS GENERALES | | |
| Transacciones extrajudiciales | 75% de la cuantía aplicable | 75% de la cuantía aplicable |
| Por expedientes tramitados | No se contempla | 10,00 € |
| Infracción de propiedad intelectual | 20,00 € | 20,00 € |
| En cuanto a los procedimientos, se establecen los siguientes precios de competencia autonómica. | | |
| Concepto a resolver | Estado | Comunidad de Madrid |
| JURISDICCIÓN PENAL | | |
| Trabaja los procedimientos | 16,00 € | 16,00 € |
| Apelaciones | 21,00 € | 21,00 € |

LA REGULACIÓN ACTUAL DE LOS PARAÍSO FISCALES EN ESPAÑA

POR

JUAN RAMÓN MEDINA CEPERO

PROFESOR DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE CATALUNYA
SOCIO FUNDADOR DE JUNCEDA & MEDINA, ABOGADOS

SUMARIO: 1. Regulación legal. 2. Paraísos fiscales y fiscalidad empresarial. 3. Paraísos fiscales y fiscalidad de las personas físicas. 4. Un recorrido por algunos paraísos fiscales. a) Gibraltar. b) Liechestein. c) Andorra. d) Mónaco. e) Panamá. f) Antigua y Barbuda. g) Hong-Kong.

1. REGULACIÓN LEGAL

El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, determina los países y territorios que para el fisco español tienen la consideración de paraísos fiscales a efectos de lo dispuesto tanto en la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, LIRPF) como en la Ley sobre el Impuesto de Sociedades (en adelante, LIS). La lista de paraísos está sujeta a las modificaciones que dicten la práctica, el cambio de circunstancias económicas o la experiencia de relaciones internacionales, y por ello, una disposición adicional autoriza al Ministerio de Economía y Hacienda a introducir en la relación las modificaciones que aconsejen los cambios en la legislación fiscal de los diferentes países y territorios. A la espera de que en un breve plazo se produzcan algunas modificaciones, la relación de países o territorios calificada de paraíso fiscal es la siguiente:

| | |
|----------------------------------|----------------------------------|
| 1. Principado de Andorra | 28. República de Naurú |
| 2. Antillas Neerlandesas | 29. Islas Salomón |
| 3. Aruba | 30. San Vicente y las Granadinas |
| 4. Emirato del Estado de Bahrein | 31. Santa Lucía |
| 5. Sultanato de Brunei | 32. Trinidad y Tobago |
| 6. República de Chipre | 33. Islas Turks y Caico |
| 7. Emiratos Árabes Unidos | 34. República de Vanuatu |
| 8. Gibraltar | 35. Islas Vírgenes Británicas |
| 9. Hong-Kong | 36. Islas Vírgenes de EE.UU. |
| 10. Anguilla | 37. Reino Hachemita de Jordania |
| 11. Antigua y Barbuda | 38. República Libanesa |
| 12. Las Bahamas | 39. República de Liberia |
| 13. Barbados | 40. Principado de Liechtenstein |
| 14. Bermuda | 41. Gran Ducado de Luxemburgo* |
| 15. Islas Caimanes | 42. Macao |
| 16. Islas Cook | 43. Principado de Mónaco |
| 17. República de Dominica | 44. Sultanato de Omán |
| 18. Granada | 45. República de Panamá |
| 19. Fiji | 46. República de San Marino |
| 20. Islas de Guernesey y Jersey | 47. República de Seychelles |
| 21. Jamaica | 48. República de Singapur |
| 22. República de Malta | |
| 23. Islas Malvinas | |
| 24. Isla de Man | |
| 25. Islas Marianas | |
| 26. Mauricio | |
| 27. Montserrat | |

* Por lo que respecto a las rentas recibidas por las Sociedades a que se refiere el párrafo 1.º del protocolo anexo al Convenio para evitar la doble imposición de 3 de junio de 1986.

El objeto de este breve artículo es ofrecer una visión divulgativa sobre la regulación actual de estos paraísos fiscales, tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Asimismo, realizamos un rápido recorrido por los paraísos fiscales que presentan un mayor interés para el inversor español. No obstante, debe señalarse ya de entrada que las cada vez más numerosas normas anti-paraíso fiscal hacen ciertamente arriesgado, y en muchas ocasiones desaconsejable, cualquier operación a través de estos territorios privilegiados fiscalmente si no se conoce a fondo la normativa española y la de estos países.

2. PARAÍOS FISCALES Y FISCALIDAD EMPRESARIAL

De acuerdo con un informe de la OCDE sobre «la evasión y el fraude fiscal internacional» podríamos definir los paraísos fiscales

como «una jurisdicción que se configura activamente a sí misma con el fin primordial de evadir impuestos».

El Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, califica a 48 países o territorios (véase cuadro anterior) como paraísos fiscales, los cuales se caracterizan al margen de la definición reseñada, por su baja o nula tributación así como por la ausencia o mínima información que ofrecen.

Este Real Decreto, que daba cumplimiento a lo dispuesto en determinadas normas que modificaban la tributación de la Deuda Pública en manos de no residentes, significó en cierta medida el inicio de una lucha, que por supuesto hoy subsiste, contra los citados paraísos fiscales.

La Ley 43/1995 no es ajena a este hecho y por tal motivo contiene un buen número de disposiciones que tratan de evitar que, mediante la utilización de los paraísos, se eluda la tributación en territorio nacional. De entre estas medidas antielusivas podríamos destacar las siguientes:

2.1. Valoración de las operaciones

El artículo 17.2 de la LIS dispone que la Administración Tributaria podrá valorar, por su valor normal de mercado, las operaciones efectuadas con o por personas o entidades residentes en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, cuando la valoración convenida hubiera determinado una tributación en España inferior a la que hubiese correspondido por aplicación del valor normal de mercado o un diferimiento de dicha tributación.

Esta norma guarda un total paralelismo con lo dispuesto en el artículo 16 de la LIS, que habilita también a la Administración Tributaria para valorar, por el valor de mercado, las operaciones entre partes vinculadas siempre que determinen también una menor tributación en España o un diferimiento de la misma.

Visto este artículo 16, pudiera pensarse, en principio, que el artículo 17.2 previamente indicado es un tanto redundante, ya que en la mayoría de las ocasiones, las operaciones que se realizan con personas o entidades residentes en paraísos fiscales gozan de vinculación. Sin embargo, esta vinculación es muy difícil de probar en la mayoría de las ocasiones ya que los paraísos fiscales se caracterizan, como ya hemos apuntado, por su opacidad informativa. Por consiguiente, en el caso de que no pueda probarse la vinculación, la LIS habilita a la Administración Tributaria, a través de su artículo 17.2, para que pueda corregir la valoración de los precios convenidos.

2.2. Gastos no deducibles

Por su vinculación a los paraísos fiscales, determinados gastos no son deducibles de acuerdo con la LIS. Veámoslos:

a) Los gastos derivados de servicios prestados por personas o entidades residentes en paraísos fiscales, o que se paguen a través de personas o entidades residentes en los mismos, no son deducibles. No obstante, como excepción, si el sujeto pasivo prueba que el gasto responde a una operación efectivamente realizada, sí se admitirá su deducibilidad fiscal [art. 14.1 g) de la LIS].

En cualquier caso, esta cautela responde básicamente al hecho de que hay una multitud de entidades residentes en paraísos fiscales que generan gastos ficticios en favor de entidades residentes en España y que, por tanto, no responden a auténticas operaciones o a servicios efectivamente prestados.

Como se observa, la disposición comentada no establece ningún medio concreto de prueba, por lo que habrá que acudir a cualquier medio ajustado a Derecho. En estos términos se expresaba la Dirección General de Tributos en respuesta a una consulta en la que también se especificaba que no puede considerarse como prueba, una comunicación a la Administración Tributaria con carácter previo a la realización del hecho que se pretenda probar, ni es válido, por supuesto, considerar como deducible un porcentaje de estos gastos, ya que los mismos serán o no íntegramente deducibles en la medida que se considere probado que responden a operaciones efectivamente realizadas.

Por último, este precepto establece también su incompatibilidad con la transparencia fiscal internacional, de tal forma, que al objeto de evitar la doble imposición, no se aplicarán las normas de transparencia en relación con las rentas correspondientes a los gastos calificados como fiscalmente no deducibles.

b) Dentro del ámbito de las provisiones por depreciación de valores, el artículo 12 de la LIS establece dos supuestos de no deducción de las dotaciones que están ligadas a la existencia de los paraísos fiscales.

- El artículo 12.3 de la LIS establece con carácter general la deducibilidad de las dotaciones por depreciación de los valores representativos de la participación en fondos propios de entidades que no coticen en un mercado secundario organizado, con el límite de la diferencia entre el valor teórico contable al inicio y al cierre del ejercicio. Sin embargo, este mismo apartado no admite la deducibilidad de las dotaciones a provisiones

correspondientes a acciones o a participaciones en entidades residentes en paraísos fiscales, excepto que dichas entidades consoliden sus cuentas con las de la entidad que realiza la dotación en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

- Asimismo, el artículo 12.4 de la LIS admite la deducción de la provisión por depreciación de valores de renta fija que estén admitidos a cotización en un mercado secundario organizado con el límite de la depreciación global sufrida por todos los valores de renta fija con cotización. Sin embargo, para los valores de renta fija que coticen en mercados situados en paraísos fiscales, no es admisible su deducción fiscal.

2.3. Regímenes especiales

Dentro de los distintos regímenes especiales regulados en la LIS, los paraísos juegan un importante papel en relación con los siguientes:

a) Instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales.

El artículo 74 de la LIS marca las pautas de la tributación de los socios o partícipes de estas instituciones. Así, con carácter general, los socios o partícipes de las Instituciones de Inversión Colectiva deberán integrar en su base imponible la diferencia positiva entre el valor liquidativo de la participación al cierre de cada período impositivo y su valor de adquisición. Es decir, se hace tributar por las plusvalías latentes. Además, se presumirá salvo prueba en contrario, que la citada diferencia y por tanto la renta a integrar en la base imponible, es el 15 por 100 del valor de adquisición de la participación.

Por otra parte y a efectos de las plusvalías o minusvalías que puedan generarse en futuras transmisiones de estas participaciones, la cantidad integrada en la base imponible se considerará mayor valor de adquisición, mientras que los beneficios distribuidos minorarán el citado valor. Estos beneficios distribuidos ni se integran en la base imponible ni, por supuesto, dan derecho a la deducción por doble imposición.

En relación con este tipo de participaciones que se ostentan al tiempo de entrar en vigor la LIS, su disposición transitoria decimo-séptima señala que para calcular la renta a integrar en la base imponible, se tomará como valor de adquisición, el valor liquidativo del primer día del primer período impositivo en que sea de aplicación esta ley y en consecuencia con esta norma, los dividendos repartidos

por estas instituciones que procedan de beneficios obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, se integrarán en la base imponible de los socios.

b) Régimen especial del canje de valores y régimen especial de las operaciones de fusión, absorción y escisión total y parcial.

La LIS, en sus artículos 101.5 y 102.4, impide acogerse a los beneficios fiscales de estos regímenes, en la medida en que las entidades que intervengan (adquirente y transmitente o participada) en las operaciones citadas, estén domiciliadas o establecidas en paraísos o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales o que las rentas se obtengan a través de los mismos.

c) Régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros.

Este régimen de exención o diferimiento, dentro de los diferentes requisitos que establece para que sea aplicable, debe destacarse el que la entidad participada esté sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español y en consecuencia que no sea residente en un paraíso fiscal.

d) Régimen de transparencia fiscal internacional.

De acuerdo con el artículo 121.9 de la LIS cuando la entidad participada resida en un paraíso fiscal, deben presumirse determinados criterios que hacen efectivo el régimen de transparencia.

2.4. Deducciones

En este ámbito, la LIS vuelve a establecer limitaciones a los paraísos fiscales, ya que niega la posibilidad de aplicarse las siguientes deducciones:

- Deducciones para evitar la doble imposición internacional.
 - Para tener derecho a la deducción del 100 por 100 de la cuota que corresponda a los dividendos que procedan del extranjero, las filiales, entre otros requisitos, no pueden estar situadas en paraísos fiscales [art. 30 bis 3 b) de la LIS].
 - Asimismo, para tener derecho a la deducción para evitar la doble imposición internacional en el caso de rentas obtenidas a través de establecimiento permanente, deducción que se cifra también en el 100 por 100, los referidos establecimientos no deben hallarse situados tampoco en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal [art. 29 bis 1 a) de la LIS].
- Deducciones por actividades de exportación.

La deducción por actividades de exportación no procederá cuando la inversión o el gasto se haya realizado en un paraíso fiscal (art. 34.2 de la LIS).

2.5. Exenciones

Según lo previsto en el artículo 20 bis de la LIS, no es aplicable la exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores extranjeros, cuando la entidad participada que obtenga esas rentas esté domiciliada en un paraíso fiscal. Asimismo, el artículo 29.3 cuando las rentas se obtienen mediante establecimiento permanente domiciliado en un paraíso fiscal.

CUADRO-RESUMEN DE LAS NORMAS ANTIPARAÍSO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

- *Artículos 17.1 de la LIRPF y 46.1 de la LIS:* los intereses e incrementos patrimoniales mobiliarios obtenidos por residentes en la Unión Europea están exentos salvo que se trate de rentas generadas a través de paraísos fiscales.
- *Artículos 17.2 de la LIRPF y 46.2 de la LIS:* los intereses e incrementos patrimoniales derivados de Deuda Pública española, obtenidos por residentes en paraísos fiscales no están exentos.
- *Artículos 46.1 g) de la LIS:* no se beneficiarán de las ventajas establecidas para las relaciones matriz-filial en el ámbito de la Unión Europea y, en concreto, en la exención de los dividendos recibidos por la entidad matriz.
- *Orden de 23 de diciembre de 1997:* no podrán efectuarse declaraciones-liquidaciones colectivas, Modelo 215, por lo cual, en todo caso, habrán de tener carácter individual.

- *Artículo 17.2 de la LIS:* valoración a precios de mercado de las operaciones realizadas con paraísos.
- *Artículo 14.1. g) de la LIS:* no deducibilidad fiscal, a efectos de la determinación de la base imponible en el IS correspondiente a las entidades españolas pagadoras, de los gastos por servicios derivados de operaciones realizadas con residentes en tales territorios, excepto que el sujeto pasivo pruebe que el gasto devengado responde a una operación o transacción efectivamente realizada.
- *Artículo 121 de la LIS:* el régimen de transparencia fiscal internacional se aplica de forma presunta a las entidades o personas residentes en paraísos fiscales.

- *Artículo 74 de la LIS:* inclusión de las plusvalías latentes a los partícipes de Instituciones de Inversión Colectiva constituida en paraísos fiscales.
- *Artículo 12.3 de la LIS:* no deducibilidad de la provisión por depreciación de participaciones en entidades radicadas en paraísos fiscales.
- *Artículos 34, 20 bis y 20 ter de la LIS:* no posibilidad de disfrutar de ciertas deducciones de la cuota, tales como la deducción por actividades de exportación o la exención total por doble imposición económica de dividendos y plusvalías, así como por rentas de establecimientos permanentes en el extranjero.
- *Artículo 130 de la LIS:* no aplicación del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros.
- *Artículos 20 bis y 20 ter de la LIS:* no aplicación de la exención total sobre los «dividendos» de fuente extranjera.

3. PARAÍSO FISCALES Y FISCALIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Al margen de las disposiciones relativas a la prórroga o cuarentena fiscal previstas en el artículo 9.3 de la Ley 40/1998, la transparencia fiscal internacional (art. 75 de la LIRPF) y la imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen (art. 76 de la LIRPF), la principal novedad de la nueva Ley sobre la Renta de las Personas Físicas, en materia de normas antiparaiso fiscal, es la relativa a la retribución de los socios o partícipes de Instituciones de Inversión Colectiva en paraísos fiscales (art. 78 de la LIRPF). Veamos todo ello, extendiéndonos un poco más sobre esta última cuestión.

a) La permanencia efectiva o real en un paraíso fiscal

El apartado 1.º del artículo 9.º de la Ley 40/1998 establece una precisión sobre el criterio de residencia fiscal en España por permanencia, durante el año natural, durante más de 183 días en territorio español. Esta precisión, recientemente incorporada a nuestra LIRPF, señala que «tratándose de un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, la Administración podrá exigir pruebas de permanencia efectiva en el mismo, durante, al menos, 183 días del año natural».

Así pues, para acreditar la residencia en un país calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, además de acreditarse la

«residencia fiscal» en el mismo mediante el correspondiente certificado emitido por el Ministerio de Hacienda u organismo equivalente del país en cuestión, la Administración Tributaria española para no computar las denominadas «ausencias esporádicas», «podrá exigir que se pruebe la permanencia en el mismo durante 183 días en el año natural».

Debe recordarse que, a efectos de prueba, la Dirección General de Tributos no ha considerado prueba de permanencia, bajo la vigencia de la Ley 18/1991, ni el Registro de Matrícula de Españoles en la Sección Consular de la Embajada Española, ni los visados del pasaporte, por lo que, para probar la efectiva presencia en el país o territorio calificado como paraíso fiscal habrá de utilizarse cualquiera de los medios admitidos en Derecho, al margen de los señalados.

b) Los contribuyentes de nacionalidad española que trasladan su residencia fiscal a un paraíso fiscal: la denominada «cuarentena fiscal»

El apartado 3 del artículo 9.º de la Ley 40/1998 establece una norma anti-localización en paraísos fiscales, que viene a constituir un supuesto de extensión ilimitada de la sujeción tributaria, al disponer que no perderán la condición de contribuyentes por el IRPF las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva «residencia fiscal» en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Por tanto, para que opere este supuesto de extensión ilimitada de sujeción tributaria que califica como contribuyentes por el IRPF a personas físicas como residencia habitual en el extranjero han de concurrir dos requisitos:

- Que se trate de personas físicas de nacionalidad española que vengan siendo contribuyentes por el IRPF.
- Que acrediten ex novo su «residencia fiscal» en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, para lo cual:
 - Habrán de aportar certificación en tal sentido emitida por la autoridad o Administración fiscal correspondiente.
 - Habrán de estar en condiciones de probar su permanencia efectiva en el paraíso fiscal durante, al menos, 183 días del año natural.

Cuando concurren las dos requisitos señalados, la persona física que acredite su nueva residencia fiscal en un paraíso fiscal para un período impositivo determinado continuará siendo contribuyente por

el IRPF no sólo durante dicho período impositivo, sino también durante los cuatro períodos impositivos siguientes, durante los cuales tributará en España por su renta mundial.

c) Las normas de transparencia fiscal internacional

El artículo 6 de la LIRPF consagra el régimen de transparencia fiscal internacional al definir el hecho imponible del impuesto. De acuerdo con este artículo constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente. Entre las clases de renta que se citan se encuentran «las imputaciones de renta que se establezcan por ley». Pues bien, entre éstas deben incluirse las derivadas de la llamada «transparencia fiscal internacional».

Por su parte, el artículo 75 de la LIRPF recoge esta remisión del Título Primero de la LIRPF. Como es bien sabido, la norma persigue asegurar la tributación en España de la totalidad de rentas que obtenga un contribuyente por el IRPF.

Los fines que persiguen las normas de Transparencia Fiscal Internacional en España son esencialmente dos:

- Evitar que personas físicas o jurídicas residentes en España puedan erigir sociedades en países de baja tributación para obtener a través de ellas rendimientos de actividades no empresariales con el propósito de diferir el Impuesto sobre la Renta que debería pagarse en España. En efecto, en vez de tributar cuando se obtiene el rendimiento se intentará tributar en el momento en que las entidades extranjeras distribuyan los beneficios como dividendos a los accionistas residentes en España.
- Impedir una artificial reducción de la base imponible española derivada de actividades empresariales como consecuencia de pagos efectuados a entidades no residentes relacionadas con la entidad pagadora española.
- Las normas reguladoras de la transparencia fiscal internacional en España regulan, fundamentalmente, estos aspectos:
- Los rendimientos sometidos al régimen de transparencia fiscal internacional.
- Los requisitos que deben cumplir estas rentas para ser imputadas a dicho régimen fiscal.
- La imputación de la renta positiva.
- El coste de titularidad.
- Las obligaciones formales.
- Las filiales situadas en paraísos fiscales.

Supera el objeto de estas páginas el abordar en profundidad esta materia. Baste apuntarla aquí.

d) La regulación de los derechos de imagen

El artículo 76 de la LIRPF atrae sobre la persona física con relación laboral, la tributación de la totalidad de las rentas que se generen relacionadas con la explotación de su imagen, independientemente de que las haya cedido mediante un negocio lícito a una entidad que se dedique a su explotación. Y esas rentas no serán sólo las devengadas a partir del momento en que se cede el derecho a la explotación de la imagen, sino también las anteriores a la contratación de los servicios laborales del contribuyente. Como vemos, el legislador es ambicioso, y centra sobre la persona física residente fiscal en España que «algún día» cedió sus derechos de imagen, la imputación de las rentas que percibió desde esa cesión la entidad cesionaria, junto a las rentas que desde el momento en que la persona física se emplea perciba por razón de tal empleo. El artículo 76 no tiene límites y establece una nueva regla de imputación temporal, obviando lo establecido en el artículo 14 de la LIRPF.

En realidad, el legislador intenta regular una práctica ciertamente habitual: la recepción de rentas del trabajo personal no de forma directa, sino de forma indirecta interponiendo otra persona residente o no residente.

La norma legal intenta regular:

- Unos determinados requisitos cuya concurrencia van a ser necesarios para que la renta sea considerada como renta derivada de la explotación de los derechos de imagen.
- Por el contrario, determinados supuestos que no pueden ser incluidos dentro de los de imagen.
- La forma de determinar la cantidad a integrar en la base imponible.
- Las deducciones a aplicar sobre la cuota íntegra.
- La imputación temporal e integración de estas rentas.
- Las reglas precisas para evitar la doble imposición en el reparto de dividendos.
- La determinación del ingreso a cuenta sobre la renta que deba considerarse.
- La aplicación de la norma en el tiempo.

Una vez más, sobrepasa el objeto de este artículo entrar con más profundidad en esta interesante materia fiscal. Quede aquí reseñada.

e) Inversiones en Instituciones de Inversión Colectivas

El artículo 78 de la LIRPF traslada a este impuesto el mismo objetivo que ya perseguía el artículo 74 de la LIS: el de disuadir al inversor español de que invierta en entidades similares a las Instituciones de Inversión Colectiva españolas pero residentes en paraísos fiscales.

Para ello, crea la obligación de imputar anualmente, en la parte general de la base imponible del contribuyente, la diferencia positiva (si es negativa no hay imputación) entre el valor liquidativo de la participación al día del cierre del período impositivo y su valor de adquisición. Así pues, se obliga a tributar aunque el socio o partícipe no haya materializado su renta. Adicionalmente, y salvo prueba en contrario, se presumirá que dicha diferencia entre el valor liquidativo al cierre del período impositivo y el valor de adquisición es del 15 por 100 del valor de adquisición de la acción o participación. Es decir, se eleva cautelarmente la rentabilidad obtenida por la Institución de Inversión Colectiva con el objetivo evidente de obligar al partícipe a desarrollar una especial diligencia informativa sobre las operaciones localizadas en un paraíso fiscal.

En el fondo, el tratamiento previsto para los socios o partícipes de este tipo de Instituciones de Inversión Colectiva presenta grandes similitudes con la transparencia fiscal internacional. Así, las imputaciones a realizar cada año, además de su tributación, determinan que su importe incremente el valor de adquisición a efectos de cuantificar la plusvalía fiscal en el momento de futuras transmisiones; que los beneficios que puedan distribuir ya no se integren en la base imponible del contribuyente (lógicamente tampoco darán derecho a deducción por dividendos), y a que tales atribuciones minoren el valor de adquisición de las acciones o participaciones, también a los efectos de cuantificar la posible ganancia en sus futuras transmisiones.

Por último, a fin de posibilitar la entrada en vigor por primera vez de este precepto, la disposición transitoria segunda de la ley establece que para el ejercicio 1999 se considerará como valor de adquisición de las participaciones el valor liquidativo de las mismas al 1 de enero de 1999. Por otro lado, la diferencia entre dicho valor y el valor de adquisición real no se computará a los efectos de futuras transmisiones, es decir cuando se transmitan las participaciones, el valor de adquisición fiscal vendrá determinado por la suma del valor de adquisición real y las imputaciones que efectivamente se hayan realizado en la base imponible del contribuyente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley.

También en este marco transitorio y con absoluta lógica se establece que si por parte de la Institución de Inversión Colectiva

residente en un paraíso fiscal se llegasen a repartir tras la entrada en vigor de la nueva ley resultados obtenidos antes del 1 de enero de 1999, los mismos sí deberán integrarse en la base imponible. A tal efecto se establece, en términos que aparentemente no dan opción a prueba en contrario, que las primeras reservas distribuidas se considerarán las dotadas con los primeros beneficios obtenidos.

CUADRO-RESUMEN DE LAS NORMAS ANTIPARAÍSO FISCAL EN EL ÁMBITO DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

- *Artículo 9.º 1.º de la LIRPF y 46.1 de la LIS:* tratándose de un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, la Administración podrá exigir pruebas de permanencia efectiva en el mismo, durante, al menos, 183 días del año natural.
- *Artículo 9.3.º de la LIRPF:* norma anti-localización en paraísos fiscales, que viene a constituir un supuesto de extensión ilimitada de la sujeción tributaria, al disponer que no perderán la condición de contribuyentes por el IRPF las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva «residencia fiscal» en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.
- *Artículos 6 y 75 de la LIRPF:* Entre las clases de renta que debe declararse se encuentran «las imputaciones de renta que se establezcan por ley». Entre éstas deben incluirse las derivadas de la llamada «transparencia fiscal internacional».
- *Artículo 76 de la LIRPF:* Este artículo atrae sobre la persona física con relación laboral, la tributación de la totalidad de las rentas que se generen relacionadas con la explotación de su imagen, independientemente de que las haya cedido mediante un negocio lícito a una entidad que se dedique a su explotación.
- *Artículo 78 de la LIRPF:* obligación de imputar anualmente, en la parte general de la base imponible del contribuyente, la diferencia positiva (si es negativa no hay imputación) entre el valor liquidativo de la participación al día del cierre del período impositivo y su valor de adquisición.

4. UN RECORRIDO POR ALGUNOS PARAÍSO FISCALES

a) Gibraltar

Aplica a sus residentes un impuesto sobre la renta, ya se trate de personas físicas o sociedades, al 35 por 100. Los pagos a no residentes

se someten a una retención del 35 por 100, en general. Se exige un impuesto sobre sucesiones (no sobre donaciones propiamente dicho). No existe un impuesto independiente de las plusvalías, que se computan en el impuesto sobre la renta, ni tampoco un impuesto sobre ventas ni impuestos locales.

Lo que hace que Gibraltar sea considerado como un paraíso fiscal es el tratamiento tributario otorgado a determinados tipos de sociedades:

- a) *Las Exempt Companies* que están exentas de cualquier tributación u obligación fiscal, exigiéndoles un pago anual en concepto de licencia, y el 0,05 por 100 sobre el capital nominal. La gestión de la compañía puede realizarse desde Gibraltar, y como condición principal se exige que ningún residente tenga intereses en la misma.
- b) *Las Qualifying Companies*, a las que se les exige un gravamen reducido, entre el 2 y el 18 por 100.

b) Principado de Liechtenstein

Las personas físicas están sujetas a un impuesto sobre la renta en función de una proporción fija, aplicable sobre un tipo básico, que es actualmente del 2 por 100. Las sociedades son gravadas tomando como base un ratio en el que se relacionan ganancias y neto patrimonial. Se exige un impuesto sobre sucesiones (entre el 0,5 y el 27%), un impuesto sobre ventas (IVA), y determinados recargos municipales sobre el impuesto sobre la renta (hasta el 200%) con un tipo máximo resultante final que no puede exceder del 17,82%. Se exige también un 4 por 100 de retención sobre pagos a no residentes en concepto de dividendos, intereses y beneficios pagados a *trusts*. No obstante, Liechtenstein tiene suscritos convenios de doble imposición con Austria y los Cantones suizos de St. Gallen y Graubundemn.

Sin embargo, algunas entidades disfrutan de un régimen tributario especial, que convierte al Principado en un auténtico paraíso fiscal:

- a) *Las Fundaciones*, entidades que, aunque pueden desarrollar actividades filantrópicas, son normalmente utilizadas por no residentes como entidad tenedora de un patrimonio, cedido previamente por una persona en favor de ciertos beneficiarios. Están exentas de tributación. No pueden ser utilizadas más que como entidades holding, si ejercer por sí mismas actividades

mercantiles o comerciales. Están sujetas a un impuesto sobre su neto patrimonial a un tipo entre el 0,075 y el 0,050 por 100.

- b) *Las Holding Companies* están exentas de tributación a condición de no poder ejercer operaciones en el Principado, aun cuando estén domiciliadas en el mismo. Se sujetan a un impuesto sobre el capital al 0,1 por 100.

c) Principado de Andorra

No se exigen impuestos personales sobre la renta de las personas físicas ni de las sociedades, como tampoco impuestos sobre sucesiones ni sobre las transmisiones patrimoniales. Sólo se liquida una pequeña tasa anual sobre el patrimonio personal. Los ingresos públicos se obtienen fundamentalmente a través de la imposición indirecta.

En la actualidad, y desde la aprobación de su Constitución, existen numerosas restricciones para que los extranjeros puedan fijar su residencia en el Principado, y las autoridades han endurecido en los últimos años dicha posibilidad. No se aplican restricciones de control de cambios ni dispone de autoridad monetaria alguna.

Numerosas compañías no constituidas en Andorra tienen representación y están establecidas en el Principado con el fin de aprovechar las ventajas fiscales antes mencionadas. Por ello, aunque Andorra ha constituido tradicionalmente un paraíso fiscal orientado principalmente a las personas físicas, es hoy también una plaza financiera con ventajas fiscales para las sociedades.

d) Principado de Mónaco

Aunque el Principado no constituye estrictamente un paraíso fiscal, o al menos en esa tarea se vienen esforzando sus autoridades, evitando que adquiera notoriedad en ese sentido, Mónaco ofrece algunas ventajas fiscales que pueden ser resumidas de la siguiente forma:

- a) Las personas físicas pueden domiciliarse (con muchas restricciones en la práctica) no quedando sometidas a ningún impuesto sobre la renta personal, el patrimonio o sobre las plusvalías. Tampoco se les exigen impuestos locales.
- b) Disfruta de un sistema fiscal de baja tributación para favorecer la industria de vanguardia (no contaminante) y para sociedades de gestión de multinacionales.

c) Constituye un centro financiero *off-shore* que favorece principalmente la actividad bancaria, con exenciones en los impuestos sobre transmisiones, y en las retenciones en los pagos al exterior.

Al igual que Andorra, se le considera tradicionalmente como un auténtico paraíso fiscal exclusivamente para la residencia de personas físicas, aunque también presenta algunas ventajas fiscales para el desarrollo de actividades mercantiles concretas a través de sociedades. Mónaco no tiene suscrito ningún convenio de doble imposición, la confidencialidad de la información es estricta y también el respecto al secreto bancario.

e) República de Panamá

Se exige un impuesto sobre la renta a las personas físicas tanto ciudadanos de Panamá como residentes, según una escala que contiene un tipo máximo del 33 por 100. Las sociedades se someten a un impuesto sobre la renta con un tipo marginal máximo del 34 por 100. Se aplica también un impuesto especial sobre plusvalías inmobiliarias, un impuesto sobre ventas, un impuesto especial anual sobre las sociedades anónimas inscritas en el registro público, un impuesto sobre la propiedad inmobiliaria y un impuesto sobre actividades económicas.

Panamá constituye una plaza financiera en la que los rendimientos obtenidos por las compañías fuera del país se encuentran exentos de tributación. Además de ésta, algunas de las siguientes características hacen de Panamá un paraíso fiscal:

- a) Las sociedades que operan en la zona franca de Colón están gravadas en sus beneficios a tipos reducidos especiales.
- b) Los beneficios de las operaciones comerciales internacionales facturadas a través de Panamá, aunque la mercancía circule y se transporte físicamente fuera del país, están exentos de gravamen.
- c) Un régimen especial de tributación reducida se aplica a las pequeñas y medianas empresas.
- d) Las compañías reaseguradoras están exentas de tributación respecto de los beneficios obtenidos en operaciones exteriores.
- e) Están también exentas las compañías de transporte marítimo o aéreo internacionales, así como las compañías de comercio marítimo internacional.

f) Antigua y Barbuda

El impuesto sobre sociedades se exige al tipo general del 40 por 100. Sin embargo, un tipo especial del 10 por 100 se aplica a entidades de financiación no residentes, implicadas en actividades de desarrollo de las islas. No se exige ni un impuesto sobre plusvalías, ni impuestos locales, ni impuestos sobre sucesiones o donaciones, ni impuesto sobre la renta de las personas físicas residentes. Se aplica un tributo sobre ventas de determinados productos a tipos que oscilan entre el 7 y el 20 por 100.

Antigua tiene suscrito convenio de doble imposición con Dinamarca, Noruega, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Está adscrita al Acuerdo de la Commonwealth sobre Doble Imposición. Existen incentivos fiscales a las actividades de fabricación y producción en las islas (Fiscal Incentives Act, de 1975). No existen restricciones de control de cambios y se asegura la confidencialidad de las inversiones.

Su consideración como paraíso fiscal se debe fundamentalmente al régimen de exenciones para actividades bancarias y de seguros (International Business Corporations Act de 1982) y la exención para residentes en el impuesto sobre la renta.

I. INTRODUCCIÓN

g) Hong-Kong

Se exige un impuesto sobre la renta de las personas físicas, al tipo reducido del 15 por 100. A él se someten también los *partnership* constituidos por personas no jurídicas. Las sociedades tributan al tipo también reducido del 16,5 por 100.

Toda renta generada fuera de Hong-Kong está exenta de gravamen, siendo irrelevante a estos efectos la condición de residente fiscal o de no residente. No se aplica un impuesto sobre ventas, ni tampoco sobre plusvalías, ni se exigen impuestos locales. Se liquida un impuesto sobre transmisiones de acciones y títulos valores en general, así como sobre determinados arrendamientos.

Su consideración como paraíso fiscal se debe fundamentalmente a la posibilidad de ser utilizada para operaciones *off-shore*, exentas de tributación, principalmente en relación con el comercio internacional.

POLÍTICA AGRÍCOLA COMÚN EN LA UNIÓN EUROPEA: EVOLUCIÓN Y ANÁLISIS DE LA PAC

POR

MAXIMILIANO A. KRAUSE

ABOGADO DEL «ESTUDIO BECCAR VARELA», BUENOS AIRES, ARGENTINA
MASTER EN DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID, ESPAÑA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PAC. III. LA REFORMA DE LA PAC DE 1992. RONDA DE URUGUAY. A) La incidencia conjunta de la Reforma de 1992 y el Acuerdo Agrícola del GATT de 1994 sobre la configuración de las formas de intervención administrativa de la agricultura y su grado de intensidad, en el marco de la nueva PAC. La Agenda de 2000. IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PAC. APUNTES SOBRE LA RONDA DE DOHA. V. CONCLUSIÓN. ALGUNAS IDEAS PARA EL FUTURO DE LA PAC. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo pretendemos ofrecer una perspectiva de lo que ha sido la Política Agraria Común (en adelante «PAC») en la Unión Europea (en adelante la «UE»), desde su surgimiento formal en el año 1962, hasta la actualidad.

Lejos de nuestra intención está ofrecer una simple retahíla de datos y fechas. Con este método de análisis evolutivo aspiramos a vislumbrar lo que la PAC puede ser en un futuro, futuro que ya se está edificando en la ronda de negociaciones auspiciada por la Organización Mundial de Comercio (en adelante «OMC») bajo el nombre de Ronda de Doha. La cual, pese al reciente fracaso acaecido en la reunión de la OMC llevada a cabo en la ciudad de Cancún, México, todavía puede alcanzar ciertos logros, que serán de una importancia trascendental en la búsqueda y concreción de un comercio internacional multilateral.

Nos gustaría hacer constar, a modo de consideración previa, que pretendemos elaborar un estudio, en la medida de lo posible, crítico con una política, la PAC, con cuya configuración actual estamos relativamente en desacuerdo.

Consideramos oportuno apuntar que partimos de la premisa de la PAC como una construcción política que, pese a estar diseñada para

los ciudadanos europeos; afecta de un modo más amplio a todos aquellos ciudadanos del resto del mundo que desarrollan actividades agrícolas y conexas a ésta. Es por ello que en el último punto de nuestro estudio, y tras haber observado, brevemente, las diferentes evoluciones de la PAC, proponemos algunos argumentos a tener presentes para hacer que su modelo tradicional evolucione deviniendo en una política eficiente, económicamente sostenible y éticamente aceptable.

II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PAC

En este capítulo intentaremos señalar, en forma escueta, los efectos de la PAC desde enfoques diferentes: i) los impactos de la PAC en la propia UE; ii) los efectos de la PAC en el exterior; y iii) los efectos de la PAC en el sector agroalimentario europeo.

No obstante ello, a lo largo de este trabajo podrá observarse que los puntos antes mencionados se encuentran íntimamente relacionados, por lo cual, será importante efectuar un análisis global de la situación intentando sopesar los distintos puntos y criterios existentes, los cuales son en su mayoría contradictorios.

En principio, entendiendo por esto la primera etapa de la PAC, con su primera gran reforma, creemos, al igual que numerosos expertos en la materia, que la misma ha conseguido éxitos de gran trascendencia, logrando una buena parte de los objetivos propuestos por el Tratado de Roma.

Así lo entendía la propia Comisión de las Comunidades Europeas en el año 1991 cuando señalaba que: «... Esta política ha contribuido al crecimiento económico y ha permitido proporcionar a los consumidores europeos una amplia gama de productos alimenticios de calidad a precios razonables».

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que el gran éxito alcanzado trajo aparejado un *excedente* en la mayor parte de los productos agrarios, por lo cual, como sostienen algunos doctrinarios, podríamos decir que la PAC se convirtió, con el paso del tiempo, en víctima de su propio éxito.

Lógicamente, por causa de este intervencionismo desmedido, se originó una crisis que determinó un aumento desmesurado de la oferta que superaba ampliamente a la demanda en casi todos los productos agrícolas, llegando a la conclusión de que el mercado no había funcionado adecuadamente, sin el tan necesario equilibrio. Arribando, en consecuencia, a la existencia del denominado «*no mercado*».

i) Adentrándonos en el primer punto del análisis al cual se hace referencia en el inicio de este capítulo, consideramos que la PAC, sin entrar a considerar los beneficios sectoriales de la misma, ha tenido un papel protagónico en la construcción europea.

Dicha cimentación, incluyó a distintos sectores: i) en lo social consolidando la solidaridad intersectorial, cohesionando criterios, favoreciendo a la consecución de un sentimiento de ciudadano europeo, y ii) desde lo económico, favoreciendo la libre circulación de productos agrícolas dentro de la UE, favoreciendo a la implantación de la unión aduanera, etc.

Sin embargo, debemos volver sobre lo antes apuntado, considerando necesario mostrar la contracara de la moneda —efectos internos negativos de la PAC— que lógicamente mitigan los éxitos operados en lo que a política agrícola se refiere.

En tal sentido, resulta interesante tomar en consideración lo que se desprende del abrumador listado de problemas que aparecen reflejados en el Informe *Mac Sharry*¹.

Como podrá observarse, de los datos expuestos en el mencionado informe surge una supuesta contraposición entre los efectos positivos y negativos que en el ámbito interno ocasionó la PAC, por lo cual entendemos que es difícil intentar adoptar una postura a esta altura del análisis, entendiendo que será en la etapa final de este trabajo, que incluirá la evolución de los problemas existentes, donde finalmente podremos efectuar algunas conclusiones finales acerca de los temas analizados.

ii) Siguiendo el análisis propuesto al inicio, en lo que a efectos de la PAC se refiere, debemos señalar que las distorsiones aparejadas por la misma no sólo se hicieron sentir en el plano interno, sino también en el exterior, provocando distorsiones en las condiciones de intercambio del comercio internacional y en el acceso a los mercados, lo cual determinó un gran número de discusiones en el seno de la Ronda de Uruguay del entonces GATT.

Clara muestra de la existencia de dichas anomalías se encuentra reflejada en un estudio realizado por Borrell y Hubbard mediante el cual se evaluaron los efectos negativos que la PAC había ocasionado, tanto en la UE como en el resto del mundo².

¹ A modo de ilustración, señalamos algunos de los más importantes: i) la producción crece más que la demanda; ii) se produce una costosa acumulación de existencias y se tiende a exportar más, trayendo aparejado una tensión en el mercado mundial; iii) la intensificación produce la degradación del entorno o el abandono de las tierras baldías; iv) el poder de los agricultores ha mejorado muy poco, y v) el gasto agrario aumenta de manera considerable.

² En lo referido a los efectos que la PAC ha ocasionado en el exterior, los mencionados autores señalan: i) los incrementos de la producción agraria europea han provocado la con-

Ante este contexto, es fácil imaginar el complicado desarrollo de las discusiones sobre agricultura en el seno de la Ronda de Uruguay, que versaban sobre algunos de los puntos ya mencionados.

Evidentemente, las distorsiones que esa agricultura protegida podía generar en el exterior posibilitaba el poder agruparlas en distintos grupos: i) las que dependen de los niveles arancelarios y las restricciones arancelarias; ii) las que dependen de las subvenciones ligadas a precios y/o producción, y iii) las debidas a las subvenciones a la exportación.

Salvo las primeras, los otros dos grupos de distorsiones son propios de la mayoría de los países desarrollados. Las mismas rompián y rompen actualmente con la *regla de trato nacional* que la pertenencia a la Organización Mundial de Comercio (OMC) obliga a otorgar a todas las mercancías procedentes del exterior.

Ante esta realidad, la OMC consideraba que las subvenciones a la exportación son el factor que más directamente distorsionaba los mercados internacionales, permitiendo vender en los mercados internacionales productos a precios por debajo de los que determina la competitividad de los productores interiores, reduciendo, por lo tanto, los posibles ingresos de los productores de otros países.

Ello originó un duro enfrentamiento con las producciones agrarias de terceros países, lógicamente perjudicados por dicho actuar. A su vez, el ostentar esa posición privilegiada por parte de la UE ocasionó ciertos perjuicios como la acumulación de existencias, que en los años ochenta llegó a ser escandalosa, reforzando la política exportadora de la misma en los mercados internacionales.

Dicha intervención de la UE en el plano de las exportaciones trajo la caída de los precios mundiales de los productos objeto de exportaciones con restituciones, originando grandes perjuicios a los productores de terceros países³.

Ante esta realidad, era lógico de entender el duro y largo —desde

tracción de la oferta de otros países para EE.UU. y Canadá, ello ha supuesto una bajada del 70 % de las exportaciones de productos lácteos, y entre un 25 y el 46 % de diversos cultivos. Para Australia y Nueva Zelanda, el impacto se ha concentrado sobre todo en los productos lácteos y en la carne; ii) en el caso de América Latina, el descenso de la producción provocado por la PAC es del 2 % para los cereales, 9,1 % para la carne y un 12,3 % para productos vegetales como cereales. Asimismo, se estima un descenso de las exportaciones de hasta el 63 % para la carne y del 45 % para la leche; iii) en el caso del azúcar, los efectos de la protección europea originan una contracción de las exportaciones de países como Brasil, Tailandia, Sudáfrica y Cuba.

³ Así lo manifestaba el Foro Agrario en el año 1999 donde se decía que: «Europa ha aumentado su presencia en los mercados internacionales agroalimentarios a lo largo de las últimas décadas, como lo demuestra el hecho de ser, actualmente, el primer importador y exportador mundial de estos productos. En concreto, de 1968 a 1993 las importaciones agrícolas crecieron cinco veces y media y las exportaciones catorce veces (de 3.000 millones a 42.000 millones de euros)».

1986 a 1994— enfrentamiento llevado a cabo en el seno de la Ronda de Uruguay donde competidores actuales y potenciales se oponían al mantenimiento de una política agraria distorsionada, al cual hacíamos referencia anteriormente.

Como mencionábamos, los puntos conflictivos a tratar eran preponderantemente mejorar el acceso a los mercados en un pie de igualdad, eliminar los obstáculos a las importaciones, mayor disciplina en las subvenciones a las exportaciones, etc.

A esta altura, sin entrar a considerar las distintas fases por las cuales pasó la Ronda de Uruguay en atención al tratamiento de los distintos temas antes señalados, no podemos dudar acerca de los efectos económicos negativos que la PAC ocasionó a muchos países en desarrollo⁴.

Por lo tanto, en principio podemos decir que la PAC se fundaba tiempo atrás con el objetivo de cumplir los objetivos del Tratado de Roma, específicamente los expuestos en el artículo 39 del mismo. Pero, resulta evidente que *no nace con la intención de inundar los mercados con las producciones agrarias europeas*.

iii) Respecto del último punto a tratarse en el presente capítulo podemos señalar que para analizar el sector agroalimentario de la UE deberemos, en forma escueta, diferenciar a) la evolución del sistema; b) la situación actual de la industria agroalimentaria de la UE, y c) el proceso de concentración e internacionalización de la industria agroalimentaria europea y la PAC.

Relativo al primer punto es dable señalar que ha existido una evolución en los estilos de vida y consumo en la UE, operando una distinción entre productos *agrarios* y *alimentarios*. Dicha evolución del sistema apunta hacia la menor importancia del sector agrario, en proceso de sustitución por la industria agroalimentaria.

Como dijéramos anteriormente, tras la Segunda Guerra Mundial, con la firma del Tratado de Roma, se busca el poder garantizar, a través de la PAC, el aprovisionamiento de alimentos a la población europea, en condiciones de bajo precio para favorecer el gasto familiar. Luego surgirán nuevas ideas de industrialización de los alimentos, las cuales permitirán un primer apartamiento del sector agrícola.

En definitiva, el proceso de industrialización de la alimentación está propiciado por un conjunto de razones que superan la existencia

⁴ Un informe de la CEPAL aplicable a Centroamérica afirmaba lo siguiente: «La protección arancelaria y los subsidios recibidos por los productores agropecuarios, sobre todo en los países desarrollados exportadores de alimentos, mantuvieron los precios mundiales artificialmente bajos. La reducción de aranceles y de los subsidios a las exportaciones provocará alzas en los precios internacionales... lo cual elevará los precios de importación pagados por los países centroamericanos... En consecuencia, las balanzas comerciales agropecuarias serán menos superavitarias y contribuirán en menor medida a paliar el déficit de la balanza comercial total».

de la PAC, si bien, ésta pudo ser, años atrás, un factor para garantizar el abastecimiento de los alimentos.

Con el desarrollo industrial de empresas dedicadas a la transformación, envasado de productos y elaboración de conservantes, los alimentos se convierten en una mercancía no perecedera. Lógicamente, este avance trae aparejado un crecimiento del sector agroalimentario, propiciándose la conformación de grandes empresas que luego serán intervinientes directos en los procesos de concentración e internacionalización.

Es evidente, que este proceso acerca a distintos actores de diferentes mercados, que antes estaban lejos y que, por lo tanto, no competían. Lógicamente, la PAC, con su principio de «preferencia comunitaria» intentaría efectuar una gran resistencia para procurar el aislamiento del mercado comunitario frente al internacional⁵.

En este panorama de internacionalización de los mercados, es importante determinar la ubicación que tiene la PAC. Como señaláramos anteriormente, la PAC se centra en la producción agraria, en los agricultores y ganaderos de los distintos Estados miembros, garantizando una renta equitativa a la población agraria.

En definitiva, este proceso de concentración e internacionalización de la industria agroalimentaria en el UE no ha estado directamente ligado a la PAC, aunque sí en forma indirecta, a través de la protección del mercado comunitario, propiciando, a través de sus distintos mecanismos, la unidad del mismo.

III. LA REFORMA DE LA PAC DE 1992. RONDA DE URUGUAY

La reforma de la Política de la Agricultura Común (PAC) supuso, desde su entrada en vigor, un cambio significativo en la manera de gestionar la agricultura europea.

Es a través de este cambio legislativo que la política agraria de la UE se desprende de los mecanismos de intervención, como era el sistema de precios garantizados, reemplazándolo por las ayudas directas a las rentas de agricultores, desvinculando paulatinamente el apoyo público respecto de la producción real a través de criterios cualitativos y de técnicas de control cualitativo de la oferta⁶.

⁵ Ya en la década de los años ochenta, el malogrado *Centro sobre Corporaciones Transnacionales de las Naciones Unidas* (UNTC) publicó un análisis donde se identificaban altos niveles de concentración de mercados en ciertos subsectores como el lechero, cárnico, frutas tropicales, granos, etc.

⁶ Pese al dictado de dos decisiones del Consejo en los años 1993 y 1995 que ratifican la evolución de la PAC, no fue hasta la Ronda de Uruguay del GATT de 1994 en donde se consagra el giro operado por la reforma de 1992 en la ordenación jurídica-política de la agricultura europea.

El acuerdo de Marrakech del 15 de abril de 1994 constituye el punto de arranque en el proceso de liberalización de las transacciones agrícolas, tanto de las relaciones comerciales extracomunitarias, como las que ocurren en el interior de la UE.

Debido a la situación económica mundial en el principio de la década de los ochenta, los EE.UU. impulsa una nueva ronda de negociaciones comerciales multilaterales, en las que se propone⁷ «dotar de mayor disciplina y previsibilidad al comercio mundial de productos agropecuarios, mediante la corrección y prevención de las restricciones y distorsiones de dicho comercio, incluidas las relaciones con los excedentes estructurales y, segundo, lograr una mayor liberalización del comercio de productos agropecuarios y someter todas las medidas que afectan al acceso de las importaciones y a la competencia de las exportaciones a normas y disciplinas del GATT reforzadas»⁸.

En conclusión, los Acuerdos de Marrakech del 15 de abril de 1994, que dan fin a la Ronda de Uruguay en el seno del GATT, implican el sometimiento efectivo de la agricultura a las reglas generales del comercio mundial y, por ende, su internacionalización en un contexto jurídico más librecambista y hostil al proteccionismo preponderante hasta entonces⁹.

a) La incidencia conjunta de la Reforma de 1992 y del Acuerdo Agrícola del GATT de 1994 sobre la configuración de las formas de intervención administrativa de la agricultura y su grado de intensidad, en el marco de la nueva PAC. La Agenda de 2000.

Como señaláramos, la combinación de la reforma de la PAC de 1992 y el Acuerdo de Marrakech del 15 de abril de 1994, condujeron a la implementación de una cierta limitación al apoyo público a la agricultura europea y, consiguientemente, a la revisión del modelo

⁷ Rayner, J. y Hine, R. C. *Agriculture in the Uruguay Round*, Macmillan, Londres, 1994, págs. 300 y ss.

⁸ Dentro de las principales críticas al modelo de la PAC, se encuentran las siguientes: i) la figura de los gravámenes variables, cuya situación por derecho de aduana es reivindicada como paso previo para su supresión ulterior —los países en vías de desarrollo se suman a esta exigencia, toda vez que se sienten especialmente dañados por un abusivo proteccionismo europeo—; ii) el nivel global de la ayuda interna proporcionada a los agricultores, que es juzgada por los norteamericanos como excesivamente elevada; iii) la regulación de algunas Organizaciones Comunes de Mercado (OCM), objeto de discrepancias regulares, como la del sector vitivinícola, o la de las oleaginosas; iv) el tratamiento de la protección a la salud a través de la adopción de medidas preventivas en materia sanitaria contra la utilización en la alimentación del ganado de sustancias hormonales nocivas para las personas.

⁹ Compes, R. y García Álvarez-Coque, J. M. *Política agraria en el día después*, ICE, 1994, págs. 107 y ss.

agrario tradicional sustentado en medidas de protección en las fronteras de la UE. Ello comporta la apertura de un proceso de liberalización de los mercados agrícolas europeos y la reforma de sostenimiento interno.

Resulta evidente que la reducción de las exportaciones subvencionadas, tanto en número como en volumen, obligó a introducir un instrumento de regulación de la producción susceptible de beneficiarse del respaldo público. En consecuencia, entendemos que toda nueva reforma de la PAC se verá determinada por el margen de maniobra de que dispone la UE en materia de política comercial.

Por otra parte, añadiéndose a las reformas antes señaladas, resulta de gran importancia lo dispuesto oportunamente por el Consejo Europeo de Berlín mediante la aprobación de un documento, denominado «Agenda 2000», mediante el cual se pretendió incluir modificaciones en el funcionamiento de distintos aspectos de la UE¹⁰. Pudiendo señalar que la «Agenda de 2000» continúa con la disminución del proteccionismo a los agricultores, en lo que respecta a las ayudas directas, favoreciendo a la implementación de reducciones de precios de los principales productos, permitiendo un acercamiento de los precios comunitarios a los mundiales, aumentando, al reducirse las barreras arancelarias, el caudal de las importaciones del resto del mundo a la UE.

IV. PERSPECTIVAS DE FUTURO DE LA PAC. APUNTES SOBRE LA RONDA DE DOHA

En el presente epígrafe, trataremos de apuntar los que, a nuestro juicio, son los vectores determinantes del nuevo modelo de la PAC que se está implementando por imperativo de la Ronda de Doha.

¹⁰ Con respecto a la reforma de la política estructural se plantean tres objetivos, en los que no entraremos por no ser objeto de este estudio, pero sí diremos que dentro de uno de estos tres objetivos se hace referencia a las reformas del mundo rural. En este sentido, la Agenda contiene dos pilares básicos: *el sector agrario y el desarrollo rural*. Conforme lo señala Lamo de Espinosa, J., en su obra *Los efectos de la política agraria europea*, podemos decir que la Agenda de 2000 supone una continuidad en la evolución de dos aspectos que marcaron la reforma de la PAC de 1992: a) La nueva concepción de la PAC de los años ochenta (contención de los gastos agrarios, ajuste presupuestario, protección del medio ambiente, desarrollo del mundo rural, etc.), y b) Los compromisos internacionales en el seno de la entonces GATT y hoy OMC. Algunas de las modificaciones más destacables que introduce la Agenda 2000 son las siguientes: i) *Carne de vacuno*: existe una superproducción y una reducción del consumo. Se incrementan las ayudas directas a las rentas de los ganaderos y se reduce el precio de intervención en un 30%; ii) *Productos lácteos*: disminución del precio de intervención a partir de 2005-2006 para productos como mantequilla y leche en polvo, así como el mantenimiento del régimen de cuotas y aumento de la cantidad de referencia; iii) *Cultivos herbáceos*: incremento de la ayuda directa en cereales y las proteaginosas; iv) *Vino*: La nueva OCM es más flexible a la posibilidad de nuevas plantaciones para las variedades de mayor demanda, eliminando la intervención y permitiendo la destilación en casos de perturbación de mercado.

Debemos decir que, como toda construcción teórica con unas mínimas pretensiones de rigor, los juicios que vertamos parten de varias premisas, de entre las cuales se pueden destacar: i) una concepción de lo que la PAC debe representar y, por lo tanto, a que debe aspirar ésta en un panorama mundial interconectado, y ii) el entendimiento de la PAC del futuro como producto lógico de la PAC presente y pretérita con lo que, a la luz de las tendencias que observamos en las últimas negociaciones sobre la materia, podemos vislumbrar de algunos aspectos futuros a concretar en el transcurso de la Ronda de Doha de la OMC iniciada recientemente.

Esta línea de «estado permanente de reforma»¹¹ será fundamental en nuestro análisis.

Dividiremos nuestro análisis, siguiendo la estructura planteada por el profesor Fernández Torres, entre los efectos exógenos y endógenos susceptibles de influir en la configuración de la PAC.

Elementos exógenos

Consideraremos el análisis de cuatro elementos de naturaleza exógena: i) la apertura de una nueva ronda de negociaciones en el ámbito de la OMC; ii) las perspectivas económicas y agrarias mundiales; iii) el ingreso de los diez nuevos países en la Unión Europea producto de la quinta ampliación; iv) las perspectivas futuras de pervivencia de la política comercial exterior de regionalismos abiertos de la UE.

i) La apertura de una nueva ronda de negociaciones en la OMC

La tendencia en las últimas Rondas de negociaciones en el ámbito de la OMC muestra, como ya ha sido puesto de manifiesto en los epígrafes anteriores del presente estudio, un proceso de creciente liberalización de la agricultura, en el sentido de mayor apertura de aquellos ámbitos relacionados con las economías agrarias¹². Esta realidad implica una reducción, en algunos casos gradual y en otros más bruscamente, de aranceles, restricciones a las exportaciones, así como también, de ayudas públicas en sus formas más diversas.

Los motivos de esta progresiva liberalización son difíciles de sistematizar pero, con la intención de sintetizar lo más posible y aun

¹¹ Retortillo Baquer, M. *Derecho Agrario y Derecho Público*. Editorial Civitas, pág. 176.

¹² Lamo de Espinosa, J. *La nueva política agraria de la Unión Europea*. Editorial Civitas, pág. 100.

a riesgo de obviar algunos aspectos, diremos que dichos factores se deben a dos razones primordiales: i) la disconformidad de los actores internacionales con la estrategia desarrollada por la UE durante las negociaciones de la Ronda de Uruguay, lo que produce una necesidad por parte de aquella de abrir una nueva Ronda que de más satisfacción a los primeros, y ii) el hecho de que el otro gran *hegemon* de la esfera internacional, los Estados Unidos de América, haya completado las reestructuraciones básicas de su sector agrario¹⁴.

Esta tendencia a la disminución de los sustentos públicos de las políticas agrícolas, que nosotros utilizamos como primer argumento para la comprensión de lo que la PAC puede ser en un futuro, se puede ratificar con el informe publicado en el año 1998 por la OCDE, en el cual se concluye que hay una caída de las ayudas públicas —la forma más clara de soporte a la agricultura por parte de los Estados Unidos y Europa que arribaría a un 75 % de lo que se destinaba en el año 1988.

Teniendo presente lo dicho, parece poco probable que en la actual Ronda de Doha se revierta esta tendencia en beneficio de una vuelta al proteccionismo agrícola más tradicional. No obstante ello, es bien cierto que la situación internacional de crisis e inseguridad, provocada principalmente por las actuaciones bélicas de los Estados Unidos, podría suponer un repliegue de los Estados hacia su interior, perdiendo la perspectiva global en beneficio de una política de rasgo más autárquico. Estas situaciones, no nuevas en la historia, siempre han supuesto un neo-proteccionismo exteriorizado en la implementación de un mayor grado de ayudas estatales, así como también, en una elevación de los niveles arancelarios.

No obstante estos precedentes históricos y sus manifestaciones actuales en campos distintos del agrícola, como lo es el del aluminio, no se nos antoja reversible la liberalización agrícola en curso dados los sólidos pilares conformados desde el año 1992, así como la insostenibilidad económica e incluso ética del modelo vigente.

ii) *Las perspectivas económicas y agrarias mundiales*

El futuro de la PAC nos parece está indisolublemente ligado a lo que el futuro económico y agrario deparen. Es cierto que realizar aseveraciones prospectivas acerca de la economía implica un grado de atrevimiento ciertamente elevado. No es menos cierto tampoco que, a la luz de las variables económicas contrastadas de las que disponemos

¹⁴ A este respecto es importante destacar que la FAIR Act (Federal Agriculture Improvement Reform Act) y la Farm Bill han fijado un marco claro en este ámbito.

al día de hoy, se pueden observar las variables que tendrán influencia clara a la hora de diseñar el futuro.

De entre estas circunstancias creemos es importante destacar como especialmente relevantes la ralentización de la economía en los Estados Unidos¹⁴ y Europa¹⁵, así como también, los desequilibrios de las balanzas de pagos, fundamentalmente la de los EE.UU.

Esta circunstancia observada en el párrafo anterior debe acompañarse de la verificación de un descenso de los precios agrarios, consecuencia del aumento de la producción agrícola que utilizan las nuevas técnicas empleadas en el campo, así como también, del aumento de producción de determinados ámbitos geográficos, como el caso de Latinoamérica.

Otro factor importante a tener en cuenta es la solidez del euro como moneda de cambio en lo que hace a los equilibrios financieros internacionales. Hay que convenir que a partir de la introducción del euro como moneda de cambio el 1 de enero de 2002 la situación internacional cambió y que, al día de hoy, es importante tener presente que la paridad y/o superioridad con el dólar supone una mayor facilidad para proceder a una más intensa homogeneización global en lo que a los mercados agrícolas se refiere.

iii) *La ampliación de la UE a los diez nuevos países*

Quizás sea ésta la circunstancia que más pueda afectar al futuro de la PAC. No olvidemos que la PAC fue creada en el año 1962 para dar satisfacción principalmente a las zonas desfavorecidas de Italia, sufriendo su primera gran reforma en el año 1986 con el ingreso de Portugal y, sobre todo, España.

Esta reforma, bien que mal, se pudo afrontar sin extremas dificultades dado que el modelo de intervención pública en la agricultura era aceptado de manera inequívoca por el resto de los actores internacionales, como los Estados Unidos, situación ésta que era aceptada en las rondas del GATT que no ponían tanto el acento en este asunto como en la actualidad.

Hoy en día, sin embargo, se han de tener presentes distintas circunstancias que, en anteriores ampliaciones, no eran consideradas,

¹⁴ Las últimas previsiones del presidente de la FED, señor Alan Greenspan, no son muy favorables a la posible existencia de una recuperación, a corto plazo, de la senda de crecimiento en los Estados Unidos de Norteamérica, debido, entre otras razones, al gran endeudamiento de las familias estadounidenses, así como también, a las dudas sobre el recorte impositivo de la Administración Bush y sus efectos sobre la demanda.

¹⁵ Similares perspectivas se observan en Europa a la vista de la ralentización de las economías de Francia, y sobre todo, de Alemania, donde el crecimiento se halla por debajo del 1 %.

tales como: i) el carácter eminentemente agrícola de los 10 nuevos Estados¹⁶; ii) la necesidad de repartir una cantidad de 45.000 millones de euros entre veinticinco Estados miembros para el período 2000-2006, cantidad ésta que supone una *ratio* claramente inferior a la que anteriormente era repartida; iii) la influencia en la actual configuración de la PAC, que se fragua en la denominada Agenda 2000, de las Rondas de negociaciones mantenidas en la OMC y que, como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, son tendientes a una mayor liberalización de los mercados agrícolas con la consiguiente necesidad de disminuir las ayudas públicas¹⁷.

Estos breves apuntes ponen de manifiesto que la ampliación no dispondrá de tantos beneficios económicos como en anteriores casos. Por lo tanto, la misma no supondrá un incremento radical de los fondos destinados a la PAC, sino un reparto de la misma cantidad entre más Estados miembros. Así pues, parece que esta congelación de fondos destinados a la PAC indica una cierta toma de conciencia de la UE, indudablemente obligada por las Rondas de la OMC.

iv) La política comercial exterior de la UE de regionalismo abierto

En lo referido a la política exterior de la UE de regionalismo abierto, y enlazado con aspectos anteriormente mencionados, se encuentra el artículo 24 del GATT que impide la exclusión de las cláusulas relativas a la agricultura presentes en los acuerdos bilaterales preferenciales firmados oportunamente por la UE. Esto fue reafirmado por los acuerdos euro mediterráneos que se concluyeron en el año 1995 en la ciudad de Barcelona a raíz de la Ronda de Uruguay de 1994¹⁸, así como el acuerdo con los países del Convenio de Lomé¹⁹.

Los acuerdos preferenciales firmados por la UE con sujetos internacionales demuestran, una vez más, el carácter eminentemente externo de la PAC. Estos acuerdos establecen en sus cláusulas la

¹⁶ Las tierras de los países de la ampliación, futuros Estados miembros de la UE, destinadas a la agricultura representan el 44,7 % del total de sus tierras, la mano de obra que se emplea en ese sentido es el 21,1 % del total (en los actuales 15 suponen el 5,1 %) y, el PIB que supone la agricultura en estos 10 países es el 6,8 % del total (en los 15 Estados actuales supone el 1,7 %).

¹⁷ En este contexto, es importante analizar y tener en cuenta el «reforzamiento» de la postura expuesta por el «G-22» en la última reunión de la OMC llevada a cabo en Cancún, México.

¹⁸ Estos acuerdos se han ido extendiendo a otros países tales como Israel (1995), Marruecos (1996), Autoridad Palestina (1997), etc.

¹⁹ Otros intentos de acuerdo, de alcance internacional, que trataron de concluirse, al día de hoy sin éxito, fueron el de la UE y el MERCOSUR y los países del TLC. Ello, debido, entre otros factores, a la supuesta oposición de algunos Estados miembros de la UE.

eliminación, bien gradual o progresivamente, de las medidas de protección previstas en la PAC, por lo cual, a medida de que se vayan extendiendo implicarán, cuando menos, una modificación de la PAC tal y como la conocemos en la actualidad.

Elementos endógenos

Del mismo modo que procedimos anteriormente con los condicionantes exógenos, lo haremos ahora con los endógenos. De entre ellos, centraremos nuestro análisis en la influencia, respecto del futuro de la PAC, de la consolidación de la Unión Monetaria y el euro, la contención del gasto agrícola para el período 2000-2006, así como de las novedades en la materia introducidas en el derecho positivo comunitario.

i) Unión Económica y Monetaria y el euro

Aun a riesgo de repetir algunas de las afirmaciones anteriormente comentadas creemos es importante remarcar el papel de la Unión Monetaria, con la adopción del euro como moneda de curso legal, en lo que a un elemento endógeno se refiere.

La Unión Económica y Monetaria junto con el euro suponen, en un primer lugar, la eliminación de los tipos de cambio, así como también, de la coordinación de políticas económicas, lo que redundará en beneficio de una menor incertidumbre fiscal.

Estas realidades comportarán, en lo que al régimen de la agricultura respecta, la fijación en euros de los productos de esta rama de la actividad. No obstante, se debe tener presente que algunos países de la UE no forman parte de la UEM, circunstancia ésta que ha sido resuelta con lo establecido en el Reglamento comunitario núm. 2799/98 que prevé la posibilidad de establecer medidas de salvaguardia para evitar que estos Estados, devaluando su moneda, obtengan beneficios en el campo de la agricultura.

Podríamos concluir, pues, que la implantación del euro tiene varias repercusiones en la PAC, las cuales podrán influir de modo significativo en el futuro de la misma, a saber: i) expresa prohibición de devaluación de la moneda, puesto que se considera práctica contraria a la competencia; ii) desaparición de la fórmula de obtención de ingresos adicionales por los agricultores y ganaderos a través de prácticas ya imposibles como eran las propiciadas por los ajustes de los tipos de cambio; iii) un incremento de la presión de los Estados miembros a la hora de la elaboración de las directrices

comunes en materia agrícola, ya que son éstas las que regulan en realidad lo referido a la PAC.

ii) Contención del gasto agrícola para el período 2000-2006

El punto de partida al respecto es la idea establecida en los acuerdos del Consejo Europeo de Berlín de 1999 donde se constituyó, como meta, la fijación de límites máximos en las partidas presupuestarias relativas a la agricultura.

Esta idea es, en cierto modo, inequívoca si observamos las cifras actuales ya que el valor total del dinero dedicado a la PAC, para este intervalo, es inferior del anterior período —actualmente hablamos de una media de 42.534 millones de euros.

iii) Novedades introducidas en el derecho positivo comunitario

Aunque algunas de las medidas a las que vamos a hacer referencia no están aparentemente referidas a la PAC, ésta apariencia no debe ocultarnos la realidad: i) innovaciones de los Tratados relativas al medio ambiente; ii) la salud pública; iii) la protección de los consumidores, y iv) la política social tienen una indudable trascendencia de carácter transversal en lo que a la PAC se refiere.

Esto supondrá, entre otras cosas, la introducción de una serie de variables de calidad en la concesión de ayudas agrarias que se desprenderá de externalidades positivas para el resto de la sociedad comunitaria, lo que entronca con las políticas comunitarias que pretenden desvincular las ayudas comunitarias de la producción, introduciendo para ello otras variables.

V. CONCLUSIÓN. ALGUNAS IDEAS PARA EL FUTURO DE LA PAC

Hemos hecho referencia hasta este momento a los datos, empíricamente verificables, que han determinado el pasado y el presente de la PAC de un modo evolutivo y que, por consiguiente, nos permiten vislumbrar su futuro. En este punto, bajo la rúbrica *Algunas ideas para el futuro de la PAC*, abandonamos el método hasta ahora empleado en nuestro estudio para pasar a hacer constar algunas ideas, con la ineludible carga ideológica que esto tenga, sobre aspectos que consideramos imprescindibles para diseñar el futuro de la PAC. Algunas de estas consideraciones ya han sido realizadas, de modo implícito, en páginas anteriores, pero es ahora cuando las formularemos de modo más conciso.

Creemos se debe tomar conciencia de que la PAC no es un fenómeno inmutable que afecta sólo a los ciudadanos europeos. No es inmutable, en tanto y en cuanto, fue desarrollada para un período inicialmente concreto, las décadas de los sesenta y setenta, y ante unas circunstancias específicas —otorgando la ayuda a zonas desfavorecidas del *mezzogiorno* italiano—, que han desaparecido en la actualidad.

Así pues, si las circunstancias iniciales variaron, nada impide, desde un punto de vista estrictamente lógico, que la configuración actual de la PAC cambie.

Decíamos también que la PAC no es una política que afecte sólo a los ciudadanos europeos. Es cierto que los ciudadanos europeos son los perceptores de las ayudas y que, en esa medida, les afecta, pero no es menos cierto que, en el actual fenómeno de mundialización y/o globalización, lo correcto sería decir que todos aquellos operadores económicos extracomunitarios que actúen en el ámbito de la agricultura se ven directamente afectados por la PAC. Ello por cuanto, si estos Estados se encuentran con la dificultad de competir con otros más evolucionados tecnológicamente y además perceptores de ayudas públicas, encontrarán serias dificultades para abandonar su situación de subdesarrollo.

Es importante tener presente también la necesidad de incluir determinadas políticas transversales en el nuevo modelo de PAC que se está desarrollando. Lo entendemos así ya que algunas variables como la medioambiental, las relativas a la salubridad o aquellas referidas a políticas de naturaleza social son imprescindibles para construir un concepto de PAC sólido y adaptado a los nuevos tiempos. Puesto que, si bien en el momento en el que comenzó a desarrollarse la PAC, estos parámetros no eran tenidos en cuenta, al día de hoy, la evolución tecnológica hace que los rendimientos aumenten pero también que se contamine en mayor medida²⁰ y con una menor calidad sanitaria en ciertos campos.

La preocupación por la contaminación se ha convertido en un fenómeno global, sobre todo tras la Cumbre de Río de 1992. Se ha tomado conciencia de que sus efectos se reparten por igual entre los habitantes de la Tierra con independencia de quién contamine. Esto hace que las explotaciones que se benefician de la PAC deban pasar estudios medioambientales y sanitarios ciertamente más rigurosos que los actuales en beneficio de los consumidores y de las futuras generaciones.

²⁰ A este respecto creemos que es ilustrativo el último ensayo de Giovanni Sartori, «La tierra explota», Editorial Taurus, 2003, en el que, si bien de modo un tanto excesivo, se ponen de manifiesto algunos de estos problemas.

Por último, nos gustaría poner el acento en la necesidad de desvincular las ayudas de la producción para conectarlas, en mayor medida, con factores de calidad. La vinculación actual con la producción conlleva la tentación de los agricultores a producir cantidades ingentes de productos con el único objetivo de cobrar las subvenciones.

Los efectos de esta política son perversos en tanto que devienen en stocks de productos que implican una caída de los precios en los mercados internacionales con el consiguiente perjuicio para aquellos productos no subvencionados. Teniendo incidencia directa en la no concreción de reglas comerciales ecuanímes para todos los actores intervinientes en tales mercados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Bermejo García, R. *El conflicto agrícola entre los Estados Unidos y la Unión Europea*. Madrid, 1998.

Carbonell Sebarroja, J. y Villar Mir, C. *La agricultura europea y la Política Agraria Comunitaria*. Madrid, 1997.

Compes, R. y Álvarez-Coque, J. M. *La política agraria el día después*. ICE, 1994.

Fernández Torres, J. R. *La Política Agraria Común: régimen jurídico de la agricultura europea y española*. Editorial Aranzadi, 2000.

Lamo de Espinosa, J. *La nueva política agraria de la Unión Europea*. Editorial Encuentro, 1998.

Lamo de Espinosa, J. *La década perdida: 1986-1996. La agricultura española en Europa*. Editorial Mundi-Prensa, 1997.

Linde Paniagua, E. (Coord.). *Políticas comunitarias*. Editorial Colex, 2001.

Rayner, J. y Hine, R.C. *Agriculture in the Uruguay Round*. Macmillan, Londres, 1994.

LA NORMATIVA DE LICENCIAS COMERCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID: ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER (SEGUNDA PARTE)¹

POR

INÉS CHAMORRO STORMS

ABOGADO (DEPARTAMENTO DE DERECHO INMOBILIARIO DE URÍA & MENÉNDEZ)

TOMÁS IVORRA ARDITE

ABOGADO (DEPARTAMENTO DE DERECHO INMOBILIARIO DE URÍA & MENÉNDEZ).

LICENCIADO EN ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

SUMARIO: 4. El procedimiento para la tramitación de la licencia comercial. 4.1. Introducción. 4.2. La solicitud de licencia comercial. 4.2.1. Inicio del procedimiento: Solicitud a instancia de parte. 4.2.2. Lugar de presentación de la solicitud. 4.2.3. Sujetos obligados. 4.2.4. Documentación. 4.2.5. Subsanción y mejora de la solicitud. 4.3. Informes. 4.3.1. Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. 4.3.1.1. Casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia emite informe. 4.3.1.2. Plazo para la emisión del informe. 4.3.1.3. Criterios de valoración y contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia. 4.3.2. Informe de la Comisión de Evaluación. 4.3.2.1. Composición de la Comisión de Evaluación. 4.3.2.2. Criterios de valoración. 4.3.3. Alegaciones. 4.4. Resolución. 4.5. Comunicación de los Acuerdos municipales relativos a licencias de obras y de apertura. 5. Supuestos especiales. 5.1. Supuestos de tramitación simplificada. 5.1.1. Grandes establecimientos colectivos que no integren grandes establecimientos individuales. 5.1.2. Los «pequeños» grandes establecimientos. 5.1.3. Cambio de titularidad. 5.1.3.1. Tramitación general. 5.1.3.2. Cambio de titularidad indirecto. 5.1.4. Los medianos establecimientos comerciales. 5.2. Supuestos de mera notificación. 5.2.1. Ampliaciones o modificaciones amparadas por la excepción del artículo 20 de la Ley 16/1999. 5.2.2. Cambio de titularidad por transmisión del promotor a un tercero. 6. Caducidad de la licencia comercial. 7. Revocación de la licencia comercial. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía. 10. Jurisprudencia y Resoluciones.

4. EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL

4.1. Introducción

De manera general, el procedimiento de tramitación de licencia comercial se recoge, no en la Ley 16/1999², sino en la normativa de

¹ La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

² La legislación y terminología empleados en este artículo quedaron definidos en la primera parte del mismo.

desarrollo, en particular en los artículos 12 a 21 del Decreto 130/2002 y en la Orden 123/2003. Estas normas establecen un mecanismo general de tramitación, del que intentaremos ofrecer un breve resumen en los subepígrafes siguientes.

Sin embargo, también se determinan (especialmente en el artículo 20 del Decreto 130/2002) algunos supuestos de tramitación simplificada, bien por simplificarse la documentación a aportar como soporte de la solicitud, bien por reducirse la necesidad de informes en la tramitación, bien por sustituirse el trámite de solicitud de licencia por un mero trámite de información. Dedicaremos a estos supuestos con especialidades en la tramitación el epígrafe siguiente de este artículo.

De manera general, notemos que los organismos oficiales mencionados como participantes de la tramitación se nombran con sus denominaciones vigentes en el momento de redactar este artículo; sin embargo, habrá de estarse a la competencia concreta, sea cual sea el órgano autonómico a que esté encomendada en cada momento.

4.2. La solicitud de licencia comercial

4.2.1. Inicio del procedimiento: Solicitud a instancia de parte

El procedimiento para la obtención de la licencia comercial se inicia a instancia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida a la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

La solicitud que inicie el procedimiento para la obtención de la licencia comercial debe contener, conforme a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 30/1992 los siguientes extremos:

- a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

Al respecto, el Decreto 130/2002 exige que a la solicitud se acompañen los siguientes documentos:

| | |
|------------------|---|
| Personas físicas | Fotocopia compulsada del Documento Nacional de Identidad y, en su caso, el de su representante. |
| | Fotocopia compulsada del Número de Identificación Fiscal y, en su caso, el de su representante. |

| | |
|--------------------|---|
| Personas jurídicas | Fotocopias legalizadas de sus Escrituras de Constitución, debidamente inscritas en el Registro correspondiente, así como de las modificaciones que hayan tenido lugar. |
| | Fotocopia compulsada del Código de Identificación Fiscal de la sociedad; y los datos correspondientes al representante legal, haciendo constar el carácter con que intervienen en representación de la entidad, y acreditando la misma mediante cualquiera de los medios admitidos en Derecho; así como fotocopia compulsada del Documento Nacional de Identidad y del Número de Identificación Fiscal ¹ . |

- b) Hechos, razones y petición (obviamente, la concesión de la licencia comercial) en que se concrete, con toda claridad, la solicitud. A la solicitud deberán acompañarse los documentos que detallamos en el apartado 4.2.4.
- c) Lugar y fecha de la solicitud.
- d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- e) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige. En este caso, como hemos comentado con anterioridad, la solicitud debe dirigirse a la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

4.2.2. Lugar de presentación de la solicitud

La solicitud debe presentarse en el Registro General de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

No obstante, de conformidad con el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 en su redacción dada por la Ley 4/1999, el interesado puede también presentar la solicitud:

- a) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier

¹ El Decreto 47/1999 exigía, además de la documentación descrita, la aportación de fotocopia de las cuentas anuales del último ejercicio depositadas en el Registro Mercantil y la composición del accionariado de la sociedad. El Decreto 130/2002 ha dejado de exigir la aportación de dicha documentación para la presentación de la solicitud de licencia comercial.

Administración de las Comunidades Autónomas, o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.

- b) En las oficinas de Correos en la forma establecida en el artículo 31 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre.
- c) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.

4.2.3. Sujetos obligados

En virtud del artículo 13 del Decreto 130/2002, están obligados a presentar la solicitud de licencia comercial los siguientes sujetos:

- a) La empresa que vaya a explotar la actividad comercial concreta en los supuestos de grandes establecimientos comerciales individuales.
- b) El promotor en los supuestos de grandes establecimientos comerciales minoristas de carácter colectivo que no integren grandes establecimientos comerciales individuales.
- c) En el caso de los establecimientos comerciales minoristas de carácter colectivo que integren grandes establecimientos comerciales individuales, deben presentar la solicitud de licencia comercial de gran establecimiento tanto el promotor del establecimiento comercial de carácter colectivo como el explotador del gran establecimiento comercial individual.
- d) En los supuestos de cambio de titularidad por transmisiones de acciones o participaciones entre empresas cuando la operación implique disolución de las empresas que venían explotando grandes establecimientos comerciales minoristas, la licencia debe solicitarse por la nueva sociedad resultante y para todos los establecimientos de aquéllas.
- e) En los supuestos de cambio de titularidad por transmisiones de acciones o participaciones entre empresas cuando la operación implique la fusión o integración de una sociedad o sociedades en otra u otras ya preexistentes, la licencia debe solicitarse por la sociedad preexistente y para todos los establecimientos que vinieran siendo explotados por las sociedades que se integran en la misma.

4.2.4. Documentación

Como hemos adelantado en el apartado 4.2.1., la solicitud de licencia comercial debe presentarse acompañada no sólo de la documentación acreditativa de la personalidad del solicitante (ya descrita en el apartado 4.2.1.) sino también acompañada de la siguiente documentación:

| | |
|---|---|
| 1 | Características del establecimiento comercial proyectado, con indicación de la superficie edificada total, la superficie útil destinada a la exposición y venta de productos al público y, en su caso, a la prestación de servicios complementarios, aseos, instalaciones, aparcamiento y similares, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la normativa urbanística vigente. |
| 2 | Anteproyecto que recoja los planos de planta, alzado y secciones del establecimiento. |
| 3 | Dirección completa del establecimiento, y plano de localización del establecimiento en el término municipal en el que se ubica al objeto de poder valorar la conveniencia de su localización geográfica, su distancia al casco urbano y los viarios de acceso de su entorno inmediato. |
| 4 | Acreditación de los derechos sobre la parcela ⁴ . |
| 5 | Estudio de impacto de tráfico y situación del aparcamiento y número de plazas, teniendo en cuenta las dotaciones previstas en el planeamiento urbanístico y la normativa sectorial. El Decreto 130/2002 permite sustituir el estudio de impacto de tráfico por un análisis de la dotación y circulación interna de las plazas de aparcamiento del establecimiento comercial en los supuestos de los llamados «pequeños» grandes establecimientos comerciales ⁵ , que describimos en el apartado 5.1.2. |
| 6 | Superficies y características de la oferta comercial, de ocio y demás complementaria a la comercial prevista, con indicación del número de locales, distribución y tamaño, y cuando estuviere determinada, su actividad y operador, y en el supuesto de tratarse de un establecimiento de carácter colectivo: número de locales de venta, distribución y tamaño, y cuando estuviere determinada, su actividad y operador. |

⁴ Documentación no exigida por el Decreto 47/1999.

⁵ Los «pequeños» grandes establecimientos comerciales son los descritos en el artículo 17.1.b) y c) de la Ley 16/1999, esto es, los establecimientos comerciales con superficie útil de exposición y venta al público superior a 2.000 metros cuadrados en los municipios con una población de entre 10.000 y 25.000 habitantes y los establecimientos comerciales con superficie útil de exposición y venta al público superior a 1.500 metros cuadrados en los municipios con menos de 10.000 habitantes.

| | |
|----|---|
| 7 | Presupuesto global y por capítulos de la inversión necesaria para hacer viable la puesta en funcionamiento del nuevo equipamiento comercial, así como aquella documentación que acredite la viabilidad económica y financiera del proyecto. |
| 8 | Certificado del Ayuntamiento relativo a la calificación urbanística del suelo en que se va a implantar, compatible con la actuación proyectada y, en su caso, de la calificación anterior del mismo. |
| 9 | Memoria descriptiva de la previsión y naturaleza del empleo que se prevea generar. |
| 10 | Previsiones de facturación y cuota de mercado estimada para el nuevo equipamiento. |
| 11 | Plazo estimado de ejecución y fecha estimada de apertura ⁶ . |

Como veremos en el apartado 5 de este artículo, en ciertos supuestos la normativa simplifica enormemente la documentación a presentar con la solicitud de licencia comercial.

Además de la documentación señalada, debemos recordar que, como mencionamos en el apartado 2 de este artículo⁷, el Decreto Legislativo 1/2002 ha establecido en su Título IV, Capítulo XI (arts. 87 al 92) la tasa por solicitud de licencia comercial de grandes establecimientos.

La tasa, que tiene un importe fijo (3.065,16 euros por expediente si ha de ser sometido a la Comisión de Evaluación y la mitad en caso contrario), debe ser pagada por quien solicite la licencia comercial en el momento de presentar la solicitud y es independiente de que posteriormente se conceda o no la licencia comercial.

No obstante lo anterior, y cualquiera que sea el supuesto, la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid puede recabar del interesado cuanta documentación o información adicional considere necesaria para la valoración del mismo.

4.2.5. Subsanación y mejora de la solicitud

Si la solicitud no reúne los requisitos exigidos o en el caso de falta de la documentación necesaria, la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comuni-

⁶ Documentación no exigida por el Decreto 47/1999.

⁷ La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

dad de Madrid puede requerir al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42 de la Ley 30/1992 conforme a la redacción dada por la Ley 4/1999.

4.3. Informes

Presentada y completa la solicitud, se abre un período cuya duración queda indeterminada en el Decreto 130/2002 durante el que se tramitan paralelamente por la Administración autonómica los siguientes procedimientos de emisión de informes:

- Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (art. 16.1 del Decreto 130/2002);
- Informe de las Direcciones Generales que componen la Comisión de Evaluación (art. 16.2 del Decreto 130/2002); y
- trámite de alegaciones por las entidades que más abajo veremos (art. 17 del Decreto 130/2002).

En los subepígrafes siguientes estudiamos estos informes en más detalle.

4.3.1. Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia

Según el artículo 16.1 del Decreto 130/2002, el Tribunal de Defensa de la Competencia emitirá un informe que será preceptivo pero no vinculante.

La necesidad de este informe venía ya dada por el artículo 6 de la LOCM y se adaptó en consecuencia la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, cuyo actual artículo 25.e) reza así: «[Compete al Tribunal de Defensa de la Competencia] dictaminar los proyectos de apertura de grandes establecimientos comerciales, según establece la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista».

Como veremos, esta exigencia ha planteado varias dudas interpretativas, al no delimitarse con suficiente detalle ni el objeto del informe, ni los casos en que debe emitirse, ni el plazo para su emisión.

4.3.1.1. Casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia emite informe

Como vimos en el epígrafe 3.1 de este artículo⁸, las Comunidades Autónomas han venido a ampliar el criterio de «gran establecimiento comercial» que daba la LOCM, lo que provoca cierto desajuste legislativo en lo que respecta al Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los aspectos siguientes:

- Tamaño del considerado «gran establecimiento»: la LOCM definía los grandes establecimientos a partir del umbral de 2.500 m² de superficie de ventas pero concediendo a las Comunidades Autónomas la capacidad de establecer los requisitos en virtud de los cuales se pudiese otorgar la calificación de gran establecimiento comercial; como ya hemos visto, la normativa madrileña, añadiendo un criterio ponderador de población del municipio de implantación, puede llegar a considerar como grandes establecimientos comerciales locales de hasta 1.500 m² de superficie de exposición y venta. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su «Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial» (I 100/02), se ha quejado amargamente de lo que ha denominado «adulteración de la intención declarada de la LOCM» por parte de la sucesiva modificación autonómica de la normativa sobre comercio, comentando que son frecuentes los casos en que tiene que emitir informes por establecimientos de 500 m²⁹.
- Categoría de gran establecimiento: en este sentido, la Memoria Anual del Tribunal de Defensa de la Competencia para el año 1996 declaraba que: «Por lo que se refiere a la cuestión de si requieren informe los expedientes de apertura de los centros comerciales¹⁰, entiende el Tribunal que no procede el informe de los mismos. En efecto, la LOCM prevé que el concepto de estable-

⁸ La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

⁹ Afortunadamente no es el caso de la Comunidad de Madrid, donde la tramitación de la autorización para los medianos establecimientos sólo requiere de informe por la Dirección General de Comercio, pero podemos encontrar umbrales entre los 500 y los 750 m² en determinados casos para las normativas aragonesa, canaria, valenciana, extremeña, gallega, murciana y vasca. La normativa balear ha impuesto no ya umbrales, sino prohibición directa de apertura de locales con superficies superiores a 250 m² en municipios con población inferior a 3.000 habitantes. Esta prohibición está recurrida ante el Tribunal Constitucional.

¹⁰ Debe entenderse que en este informe el término «centros comerciales» se refiere a grandes establecimientos comerciales de carácter colectivo, sin distinguir que sean propiamente centros comerciales o parques comerciales.

cimiento es, dentro de los varios que utiliza la legislación mercantil, el equivalente a "tienda", local o comercio de un solo titular, por lo que la exigencia del informe preceptivo del Tribunal se debe limitar, por tanto, a la solicitud de instalación de grandes superficies de este tipo. Los centros comerciales y demás agrupaciones comerciales colectivas de grandes y/o pequeños establecimientos, más que un solo establecimiento, constituyen un conjunto de comercios de diferente titularidad y régimen, cuya superficie no cabe sumar para llegar al mínimo que habría que considerar como gran establecimiento comercial». En consecuencia, el Tribunal se ha venido absteniendo de emitir informes relativos a la implantación de grandes establecimientos colectivos.

- Eventos que originan emisión de informe: como ya hemos visto, el artículo 10 del Decreto 130/2002 dispone que será necesaria la licencia comercial de gran establecimiento para la instalación, ampliación, traslado y el cambio de titularidad del gran establecimiento comercial. Sin embargo, la LOCM y la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia sólo establecen la emisión de dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia en los supuestos de proyectos de apertura. Por ello, la política del Tribunal de Defensa de la Competencia es abstenerse también de emitir informes en los supuestos de ampliación¹¹. No se solicita informe al Tribunal de Defensa de la Competencia en los supuestos de cambio de titularidad. No hemos tenido noticia de ningún expediente de traslado de gran establecimiento comercial.

4.3.1.2. Plazo para la emisión del informe

Ni la LOCM, ni la legislación autonómica, ni la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia establecieron un plazo para la emisión del informe, por lo que el Tribunal de Defensa de la Competencia decidió

¹¹ Esta tendencia apuntaban L. Berenguer Fuster y A. Castañeda Boniche en el año 1997¹², sin perjuicio de lo cual hay que hacer notar que hemos examinado varias órdenes de otorgamiento de licencia comercial para la ampliación de grandes establecimientos de fechas más recientes, en cuyos considerandos se menciona la existencia de informe emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia (sirva como ejemplo, entre otras, la Resolución de 13 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 1124/2001, de 8 de noviembre, del Consejero de Economía e Investigación Tecnológica de la Comunidad de Madrid).

¹² L. Berenguer Fuster y A. Castañeda Boniche. «Los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de grandes establecimientos comerciales», en Torros Mas, J. (coord.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*. Tecnos, 2000, pág. 216.

fijar sus propios plazos. Como dice el propio Tribunal en la ya citada Memoria Anual de 1996, «la legislación específica no establece un plazo concreto distinto del general de 10 días del artículo 83.2 de la Ley 30/1992. Como dicho plazo resulta insuficiente tanto para que las autoridades autonómicas puedan facilitar los datos necesarios para fundamentar el informe como para que el Tribunal pueda elaborarlo, el Tribunal, de acuerdo con las autoridades autonómicas, establece que el plazo de referencia debe ser el de tres meses, en consonancia con el plazo establecido para emitir el oportuno informe de concentraciones económicas».

4.3.1.3. Criterios de valoración y contenido del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia

El artículo 6 de la LOCM prevé que el otorgamiento de la licencia comercial se acordará ponderando especialmente la existencia de equipamiento comercial adecuado en la zona y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial preexistente. El párrafo 4.º de este artículo aclara que dichos efectos se valorarán en relación con la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que pudiera representar para el pequeño comercio existente.

La falta de concreción sobre el contenido exacto del informe ha obligado de nuevo al Tribunal de Defensa de la Competencia a delimitar el alcance de su tarea: en la Memoria Anual de 1996 se especificó que «los informes del Tribunal se han limitado exclusivamente a analizar los efectos que la apertura de los grandes establecimientos comerciales tienen sobre la competencia, dejando al margen otras consideraciones tales como las relativas a la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona y los efectos sobre la estructura comercial». En consecuencia, el análisis que lleve a cabo el Tribunal de Defensa de la Competencia al dictaminar sobre el proyecto de apertura versará únicamente sobre estos efectos que la apertura pueda tener para la libre competencia.

Como ya habíamos comentado en el primer epígrafe de este artículo, el Tribunal de Defensa de la Competencia se pronunció desde antes de la aprobación de la LOCM en contra del establecimiento del requisito de la licencia comercial, por entender que se trataba de una medida proteccionista del pequeño comercio tradicional que sólo podía resultar contraproducente por desincentivar la modernización de este tipo de comercio.

En la práctica, pues, y en acuerdo con L. Berenguer Fuster y A. Castañeda Boniche¹², hay que señalar que el Tribunal de Defensa de

la Competencia está, por principio, a favor de la apertura de nuevos grandes establecimientos, por lo que es extremadamente raro que informe de forma desfavorable estos proyectos. Como el propio Tribunal comentaba en el capítulo dedicado a los informes sobre la apertura de grandes establecimientos comerciales de su Memoria Anual de 1997, «como es natural, cuanto mayor sea el número de establecimientos la competencia será más intensa, con la excepción de que la solicitud se refiera a la apertura de un establecimiento en una zona en la que existan de forma exclusiva o con presencia hegemónica otros establecimientos de la misma empresa. En este supuesto, los informes señalan que existe el peligro de que se refuerce la posición de dominio de la empresa presente en el mercado, lo que constituirá un riesgo mayor de abuso de dicha posición, por lo cual sería preferible que el nuevo gran establecimiento no perteneciera a la misma empresa o grupo de empresas existentes en la zona». Una segunda excepción, señalada en la Memoria Anual de 1996, vendría «si en el análisis del expediente se detecta que el proyecto cuenta con la obtención de ayudas públicas para los promotores [pues] resultaría que éstas serían restrictivas para la competencia por cuanto situarían a los beneficiarios de tales ayudas en una situación más ventajosa que la de sus competidores».

El propio Tribunal de Defensa de la Competencia ha admitido que las conclusiones de sus informes suelen ser de carácter general y suponen un análisis de la competencia muy limitado, argumentando sin embargo que «la realización de informes más detallados precisaría del conocimiento de los datos sobre los establecimientos presuntamente competidores. Sin embargo, tales datos se desconocen por ser datos que constituyen secreto de los negocios de quienes no son parte en el expediente». Una dificultad suplementaria viene dada por el hecho de que en el momento de emisión del informe no siempre se conoce la enseña o la actividad a que será dedicado el gran establecimiento comercial, lo que dificulta notablemente el análisis de los efectos que su implantación pudiera tener sobre la libre competencia.

4.3.2. Informe de la Comisión de Evaluación

La Comisión de Evaluación informa la solicitud de licencia comercial de gran establecimiento. Los informes de las Direcciones Generales que componen la Comisión de Evaluación son preceptivos, pero tienen carácter consultivo y no vinculante.

¹² L. Berenguer Fuster y A. Castañeda Boniche, «Los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de grandes establecimientos comerciales», en Tornos Mas, J. (coord.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*. Tecnos, 2000, págs. 181-229.

4.3.2.1. Composición de la Comisión de Evaluación

La Comisión de Evaluación está integrada por un Presidente, un Vicepresidente, ocho Vocales¹³, y un Secretario, de la siguiente forma:

| | |
|-----------------------|--|
| Presidente | Consejero competente en materia de Comercio. |
| Vicepresidente | Titular de la Dirección General de Comercio. |
| Vocales | Titular de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional. |
| | Titular de la Dirección General de Suelo. |
| | Titular de la Dirección General de Administración Local (que tras el Decreto 227/2003, de 24 de noviembre, por el que se modifican parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid, pasa a denominarse Dirección General de Cooperación con la Administración Local). |
| | Titular de la Dirección General de Carreteras. |
| | Titular de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental. |
| | Titular de la Dirección General de Empleo. |
| | Titular de la Dirección General de Economía y Planificación. |
| | Titular de la Dirección General de Turismo. |
| Secretario | Funcionario de la Dirección General de Comercio. |

El Presidente, Vicepresidente y los vocales pueden delegar su representación en la Comisión de Evaluación en cualquier persona.

4.3.2.2. Criterios de valoración

La Comisión tras el estudio de la solicitud (en atención a las competencias de las Direcciones Generales, miembros de la Comisión y la valoración ponderada siguiendo diversos criterios establecidos en la legislación estatal y autonómica) emite un informe que debe ser tomado en consideración en la propuesta a emitir por la Dirección General de Comercio.

¹³ Curiosamente el Decreto 130/2002 cifra el número de vocales de la Comisión de Evaluación en siete.

Como hemos mencionado al hablar del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, el artículo 6 de la LOCM señala que en la valoración de la solicitud de licencia comercial se deben tener en cuenta la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona de influencia del nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre su estructura comercial.

Respecto a la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona de influencia del nuevo emplazamiento, la propia LOCM establece que una zona está dotada de un adecuado equipamiento comercial cuando éste garantice a la población existente y, en su caso, a la prevista a medio plazo, una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicio, precios y horarios conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor.

Respecto a los efectos sobre la estructura comercial existente, la LOCM establece que éstos se valorarán teniendo en cuenta la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad.

Por su parte, el Decreto 130/2002 añade a los anteriores criterios de valoración los siguientes:

| CRITERIOS DE VALORACIÓN | |
|-------------------------|--|
| 1 | La localización del proyecto dentro del término municipal y su repercusión en el entorno territorial del mismo. |
| 2 | Otras inversiones previstas en el área de influencia y/o desarrollo del proyecto, y especialmente de carácter residencial y de ocio. |
| 3 | El nivel de equipamiento y dotación comercial que registre el área de influencia del nuevo equipamiento expresado en número de establecimientos y metros cuadrados de superficie por habitante, así como la complementariedad y diversidad de la oferta existente. |
| 4 | Hábitos de consumo, gasto comercializable y nivel de satisfacción de la población consumidora con la oferta comercial y de ocio existente, así como las previsiones de evolución. |
| 5 | Accesibilidad al establecimiento proyectado, la incidencia del nuevo equipamiento en el tráfico rodado, la dotación de plazas de aparcamiento y las características del viario actual o previsto. |
| 6 | Características de los puestos de trabajo previstos y su contribución al mantenimiento del nivel de ocupación en el área de influencia. |

| | |
|---|---|
| 7 | Contribución del proyecto a la revitalización de las áreas comerciales existentes ya consolidadas, o mejora de las infraestructuras y equipamientos del área. |
| 8 | Cuando la naturaleza del equipamiento proyectado así lo permita, el nivel de participación en la superficie total de los diferentes tipos de ofertas complementarias que integre y, en especial, la relativa al ocio. |
| 9 | Características e incidencia medioambiental del proyecto. |

A excepción del criterio referente a la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, el análisis de los criterios mencionados anteriormente sugiere que el legislador ha atendido para el otorgamiento de la licencia comercial más a los aspectos objetivos que a los aspectos subjetivos del proyecto.

4.3.3. Alegaciones

Simultáneamente a los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia y de las Direcciones Generales integrantes de la Comisión de Evaluación, y una vez completo el expediente, se inicia el trámite de alegaciones sobre el Proyecto objeto de la solicitud de licencia comercial, a las asociaciones y organizaciones empresariales del sector comercial, de consumidores y sindicatos más representativas en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

Igualmente, se solicitan alegaciones al Ayuntamiento del término municipal en el que se implante el gran establecimiento comercial, y a la Cámara Oficial de Comercio e Industria en la Comunidad de Madrid.

Resultaría en todo caso interesante que se informase públicamente de la tramitación del expediente de solicitud de licencia comercial que permitiese a cualquier tercero interesado en el expediente (distinto de los organismos mencionados anteriormente) alegar lo que a su derecho conviniese.

4.4. Resolución

La resolución del procedimiento de solicitud de licencia comercial corresponde a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica

de la Comunidad de Madrid, a propuesta de la Dirección General de Comercio, quien eleva al Consejero su propuesta de resolución «*junto con el expediente y el Informe emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia*». La propuesta de resolución debe hacerse tras la emisión del Informe de la Comisión de Evaluación y, entendemos, tras la consideración de las alegaciones presentadas por las entidades a que nos hemos referido más arriba.

Hay que hacer notar que, en vista de que todos los Informes emitidos en la tramitación del procedimiento son no-vinculantes, la propuesta de resolución no necesariamente debe obedecer sus conclusiones, aunque deberían ser tomados en consideración en su preparación. En la práctica, hagamos notar que se han producido muy pocas denegaciones de licencias comerciales desde la aprobación de la Ley 16/1999, y todas las que hemos visto han venido motivadas por la emisión de al menos dos informes desfavorables entre los que constituyan el expediente.

El artículo 21 del Decreto 130/2002 establece que la resolución del procedimiento debe tener lugar en el plazo de ocho meses desde la presentación de la solicitud. La resolución expresa se hace por medio de una Orden emitida por el Consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid. Cabe también la resolución tácita, que se produce por silencio administrativo al final del plazo de resolución. El silencio administrativo siempre es negativo.

Entendemos que la Orden de concesión de la licencia comercial puede establecer condiciones para el ejercicio de la actividad en el proyecto a que se refiere la licencia. La normativa no establece específicamente nada a este respecto, pero se deduce claramente de la mención que hace la Orden 123/2003 de que el nuevo adquirente del gran establecimiento comercial «*se subrogará en las condiciones y obligaciones establecidas, en su caso, en la licencia inicial*». En la práctica las autoridades autonómicas vienen concediendo licencias comerciales condicionadas, ocasionalmente, al remedio de defectos u objeciones planteados en los informes no vinculantes de los Ayuntamientos o de las Direcciones Generales que componen la Comisión de Evaluación, tales como cumplimiento de normativa medioambiental, creación de plazas de aparcamiento, adaptación a (o de) la normativa urbanística local aplicable, restricciones en cuanto a las actividades que podrán llevarse a cabo en los locales de un gran establecimiento colectivo, etc.¹⁴

La Orden de concesión de la licencia comercial debe ser notifica-

¹⁴ Ejemplos de estas condiciones se encuentran en las Resoluciones citadas en el epígrafe 0 de este artículo.

da al interesado dentro del propio plazo de resolución mencionado arriba. Se publica asimismo en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* y se comunica al Consejo para la Promoción del Comercio de la Comunidad de Madrid.

Por otra parte y aunque, como bien hace notar J. M. Pérez Fernández¹⁵, la LOCM nada dice al respecto, la normativa madrileña, como los demás desarrollos autonómicos en esta materia, ha venido a establecer que si la resolución de la solicitud de licencia comercial es negativa, tiene carácter vinculante no sólo para el solicitante sino también para el Ayuntamiento concernido, que debe obrar en consecuencia denegando las licencias de obra o de apertura que dependieran de la obtención de la licencia comercial.

Por último, el acto de concesión de la licencia comercial, pone fin a la vía administrativa, por lo que cabe interponer contra el bien un recurso de reposición ante Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid (el órgano que dicta la resolución) o, directamente, un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado o Sala correspondiente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4.5. Comunicación de los acuerdos municipales relativos a licencias de obras y de apertura

El Decreto 130/2002 establece la obligación por parte de los Ayuntamientos de notificar a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid aquellos acuerdos municipales de concesión o denegación de las licencias de obra y/o apertura, relativos a proyectos de grandes establecimientos comerciales resueltos por la Comunidad de Madrid. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 16/1999, sólo se pueden conceder estas licencias si la resolución del procedimiento de licencia comercial es favorable.

El plazo para notificar el acuerdo es de un mes desde la adopción del acuerdo por el órgano local competente.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que aquellas licencias municipales concedidas por los Ayuntamientos sin la previa concesión de la licencia comercial son nulas de pleno derecho. Al respecto nos remitimos al apartado 3.4.1. de este artículo¹⁶.

¹⁵ Pérez Fernández, J. M. *Urbanismo comercial y libertad de empresa*. Marcial Pons, 1998.

¹⁶ La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

5. SUPUESTOS ESPECIALES

5.1. Supuestos de tramitación simplificada

El artículo 20 del Decreto 130/2003 establece varios casos de tramitación simplificada en los que se suprime el trámite de informe por la Comisión de Evaluación. En su lugar (artículo 20.2 del Decreto 130/2002), «previo el trámite de alegaciones regulado en el artículo 17, será preceptivo el Informe de la Dirección General competente en materia y comercio, una vez estudiado el Proyecto, quien elevará propuesta de Resolución al Consejero competente por razón de la materia, resolviendo en los términos, plazos y con los efectos contenidos en el artículo 21 de este Decreto».

No queda claro del texto de este artículo si los supuestos de tramitación abreviada excluyen también la necesidad de informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, ya que se omite mencionarlo y únicamente se hace referencia al trámite de alegaciones. Sin embargo, como hemos expuesto más arriba y comprobaremos a continuación, estos supuestos coinciden, en buena medida, con aquéllos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia ha venido declinando emitir informe. Parece en todo caso por las resoluciones examinadas que las autoridades madrileñas no han venido solicitando informe del Tribunal de Defensa de la Competencia para estos supuestos¹⁷.

A pesar de lo anterior, es claro que, aunque nos encontramos ante una regulación de tramitación simplificada, no se trata de una tramitación abreviada, puesto que el plazo de resolución sigue siendo el general de ocho meses desde la presentación de la solicitud.

Los casos sometidos a esta exención de informe por la Comisión de Evaluación son cuatro:

- A) Los proyectos relativos a la implantación de grandes establecimientos de carácter colectivo, de los contenidos en el artículo 17.2 de la Ley 16/1999, siempre que no integren entre su oferta ninguna unidad comercial con superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados, salvo que por su dimensión y localización pudieran derivarse efectos sobre la estructura comercial y urbanística de su entorno que aconsejen su estudio e informe por la Comisión.
- B) Los proyectos contemplados en el artículo 17.1.b) y c) de la Ley 16/1999.

¹⁷ Así, por ejemplo, la Resolución de 10 de enero de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 28/2002 del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

- C) Los supuestos de cambio de titularidad de establecimientos regulados en los artículos 10.2.c) y 13.3 del Decreto 130/2002.
- D) Los supuestos de establecimientos comerciales contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Ley 16/1999.

Pasamos a analizar estos cuatro supuestos con mayor detalle en las sub-apartados siguientes.

5.1.1. *Grandes establecimientos colectivos que no integren grandes establecimientos individuales*

La mención del artículo 20.1.a) del Decreto 130/2002 está referida a proyectos que cumplen con los siguientes requisitos:

— Ser proyectos relativos a la implantación de grandes establecimientos de carácter colectivo, de los contenidos en el artículo 17.2 de la Ley 16/1999: como vimos en el apartado 3.2.2. de este artículo¹⁸, la definición de grandes establecimientos colectivos que recoge dicho artículo engloba tanto los llamados «parques comerciales» (compuestos por varias edificaciones que acogen uno o más locales comerciales cada uno) como los «centros comerciales» (compuestos por una única edificación que alberga una multiplicidad de locales).

— Ser proyectos que no integren entre su oferta ninguna unidad comercial con superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados: es decir, que se trate de grandes establecimientos colectivos que no incluyan ningún gran establecimiento individual. Es interesante notar que, aunque la definición de gran establecimiento comercial de la ley madrileña establece unos umbrales diferentes en función del número de habitantes del municipio en el que se asiente el gran establecimiento comercial, esta distinción no se ha trasladado a este supuesto de tramitación simplificada. Esto es, hasta cierto punto, lógico ya que, según veremos después, los grandes establecimientos «pequeños», de 1.500 o 2.000 metros cuadrados, que resultan ser grandes establecimientos por la baja población de sus municipios, están sometidos al trámite simplificado. El legislador ha optado por no imponer condiciones más gravosas a los grandes establecimientos colectivos que alberguen a estos grandes establecimientos «pequeños».

La tramitación simplificada permitida a los proyectos que cumplen los dos requisitos anteriores tiene una excepción, establecida en el pro-

¹⁸ La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

pio artículo 20.1.a) del Decreto 130/2002: «que por su dimensión y localización pudieran derivarse efectos sobre la estructura comercial y urbanística de su entorno que aconsejen su estudio e informe por la Comisión». El texto de esta excepción es voluntariamente genérico, por lo que resulta difícil prever, *a priori*, quién o con qué criterios se medirá lo aconsejable de someter el proyecto a la Comisión de Evaluación.

Cabría suponer que, en vista de que los efectos sobre la estructura comercial serán uno de los parámetros tenidos en cuenta por el Tribunal de Defensa de la Competencia, las conclusiones del Informe emitido por el Tribunal de Defensa de la Competencia serían la base ideal para decidir remitir o no el proyecto a la Comisión de Evaluación. Sin embargo, esta propuesta topa con un obstáculo inicial en el desarrollo temporal del procedimiento de concesión de la licencia comercial, ya que, como hemos visto más arriba, los trámites de Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, Informe de las Direcciones Generales que componen la Comisión de Evaluación, y el trámite de alegaciones establecido en el artículo 17 del Decreto 130/2002 son simultáneos.

La solución al problema temporal podría hallarse en el texto del artículo 20.2 del Decreto 130/2002. Este artículo establece que «previo el trámite de alegaciones regulado en el artículo 17, será preceptivo el Informe de la Dirección General competente en materia y comercio», lo que destruye la simultaneidad del desarrollo del expediente. Esto permitiría que la emisión del Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (paralelo a las alegaciones) pudiera servir de base al examen del proyecto por parte de la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid, que decidiría entonces si su mero informe es suficiente para completar el expediente o si sería necesario someter el mismo a la Comisión de Evaluación. Esto, por otra parte, podría plantear un problema temporal práctico por el otro extremo del procedimiento, ya que, como hemos comentado anteriormente, el plazo de resolución del procedimiento de concesión de la licencia es de ocho meses independientemente de que dicho procedimiento sea o no de tramitación simplificada. Existe la clara posibilidad de que, al remitir el expediente a la Comisión de Evaluación fuera del momento usual de remisión, el procedimiento sufra un retraso que lleve a la falta de resolución en plazo por la Administración autonómica.

5.1.2. *Los «pequeños» grandes establecimientos*

El artículo 20.1.b) del Decreto 130/2002 incluye entre los supuestos de tramitación simplificada los «proyectos contemplados en el ar-

título 17.1.b) y c) de la Ley 16/1999», es decir, proyectos referidos a la implantación de i) grandes establecimientos que superen los 2.000 metros cuadrados de superficie de ventas en los municipios de entre 10.000 y 25.000 habitantes [artículo 17.1.b)]; y ii) grandes establecimientos que superen los 1.500 metros cuadrados de superficie de ventas en los municipios con población inferior a 10.000 habitantes (artículo 17.1.a)).

Creemos que puede encontrarse la *ratio legis* de este precepto en un deseo del legislador de no abrumar de trabajo a la Comisión de Evaluación cuando la entidad del proyecto no lo justifica, ya que se trata de establecimientos que por su tamaño no tendrían la calificación de grandes establecimientos en circunstancias normales y que sólo la tienen en este caso por la pequeña población de los municipios en que se implantan.

5.1.3. Cambio de titularidad

5.1.3.1. Tramitación general

Según el artículo 14.2 del Decreto 130/2002, en los casos de cambios de titularidad de grandes establecimientos que ya estuvieran en explotación, la documentación a presentar se simplifica considerablemente, siendo requeridos (entendemos que solamente) los siguientes datos:

| | |
|---|--|
| 1 | Dirección completa del establecimiento y plano de localización del mismo en el término municipal en el que se ubique. |
| 2 | Indicación de las superficies y características de la oferta comercial, de ocio y demás complementaria, con indicación en su caso del número de locales, distribución y tamaño en el supuesto de tratarse de un establecimiento de carácter colectivo. |
| 3 | Información relativa al empleo del establecimiento, así como previsión y naturaleza del que se pueda generar. |
| 4 | Previsiones de facturación y cuota de mercado estimada del mismo. |

Adicionalmente, la concesión de la nueva licencia comercial no es requisito previo para el inicio de la actividad, sino que el nuevo titular del gran establecimiento comercial podrá continuar la actividad con la licencia preexistente, en los mismos términos en que se llevaba a cabo, hasta la resolución que le otorgue la nueva licencia comercial [artículo 10.2.c) del Decreto 130/2002].

5.1.3.2. Cambio de titularidad indirecto

La normativa madrileña menciona como vía para el cambio de titularidad del gran establecimiento comercial el cambio de titularidad de las acciones o participaciones de la empresa titular de la licencia comercial (artículo 13.3 del Decreto 130/2002). Debemos asumir que este cambio de titularidad, indirecto, se contrapone con el cambio de titular directo que supondría la transmisión del gran establecimiento comercial [al que se refiere el artículo 10.2.c)], aunque el Decreto 130/2002 no las opone como tal.

Sabemos que el caso de cambio de titularidad indirecto del artículo 13.3 está sometido al trámite simplificado del artículo 20 del Decreto 130/2002, por constar así expresamente en dicho artículo. Sin embargo, no queda explícito si a este supuesto se aplica también la documentación simplificada que el articulado de la norma prevé para el caso genérico de cambio de titularidad del artículo 10.2.c). Entendemos que, a falta de otra regulación, deberá aplicarse la genérica para el cambio de titularidad.

5.1.4. Los medianos establecimientos comerciales

Como comentamos en el apartado 3.2.3 de este artículo¹⁹, los medianos establecimientos comerciales minoristas están sujetos a la obtención de autorización previa con anterioridad a la obtención de las licencias municipales correspondientes.

Los trámites del procedimiento de obtención de la autorización para medianos establecimientos comerciales son similares al de la obtención de licencia comercial.

La iniciación del procedimiento es similar a la comentada en el apartado 4.2. de este artículo, si bien:

- a) se simplifica la documentación a aportar en la solicitud²⁰;
- b) no se requiere ningún informe adicional al de la Dirección General de Comercio²¹;

¹⁹ La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

²⁰ Tan sólo se exige la presentación de la documentación contemplada en el apartado a) del artículo 14 del Decreto 130/2002 y la contenida en el apartado b) del mencionado artículo referida a los puntos 1, 2, 3, 6, 7, 9, 10 y 11, siempre adaptada a la naturaleza del proyecto.

²¹ La Dirección General de Comercio informará sobre el proyecto tras valorar:

- a) La incidencia del establecimiento sobre la estructura comercial de la zona donde se implanta y de su área de influencia.
- b) La dotación y en su caso complementariedad de otras actividades económicas.
- c) La mejora de la oferta comercial para los consumidores.

- c) el plazo de resolución es de seis meses a contar desde la presentación de la solicitud; y
- d) el silencio administrativo es positivo.

5.2. Supuestos de mera notificación

5.2.1. Ampliaciones o modificaciones amparadas por la excepción del artículo 20 de la Ley 16/1999

En cuanto a los proyectos de ampliación no sometidos a licencia comercial de conformidad con la exclusión establecida en el artículo 20 de la Ley 16/1999, ya comentado en el apartado 3.4.2.2. de este artículo²², el artículo 11.2 del Decreto 130/2002 impone que, a pesar de su exclusión de la necesidad de licencia comercial, deban comunicarse a la Dirección General de Comercio de la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid a fines meramente informativos. La documentación a presentar es «la documentación acreditativa del alcance y contenido de la ampliación», y el plazo de presentación es de un mes desde la concesión de la licencia municipal correspondiente.

Es de suponer que, aunque en este caso la documentación se entrega a la Administración autonómica simplemente «a efectos de su conocimiento», ello no obsta para que la Administración pueda proceder a su examen y revisión para comprobar que efectivamente la ampliación proyectada está dentro del alcance de la exclusión prevista en el artículo 20 de la Ley 16/1999. Es interesante notar, a este respecto, que como la información se entrega a la Dirección General después de la concesión de las licencias municipales, existe un riesgo cierto de indefensión para el solicitante de la ampliación ya que, si la Administración autonómica estima que la modificación no está amparada por la excepción del artículo 20, las licencias municipales devendrían nulas y nulas, por lo tanto, las obras que hubieran podido realizarse en el intervalo. Aún más, la Ley 16/1999, en su artículo 45.1, tipifica como infracción muy grave y penalizada con una multa de entre 150.253,03 euros (25.000.000 de las antiguas pesetas) y 601.012,10 euros (100.000.000 pesetas) «el inicio de actuaciones de edificación, aun amparadas por una licencia municipal de obras, sin

d) El incremento del nivel de competencia.

e) La contribución del proyecto al desarrollo del área o de la región especialmente en los supuestos de planes globales de expansión empresarial.

²² La primera parte de este artículo se publicó en el número 16 de la *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*.

que se haya obtenido la licencia comercial para la instalación, ampliación o traslado de un gran establecimiento comercial».

En consecuencia, no podemos sino desear que una modificación de la normativa vigente estableciera, bien la necesidad de información *ex ante* a las autoridades autonómicas, bien la clarificación de que será vinculante para la Administración autonómica el examen municipal de que el proyecto se ajusta a la excepción del artículo 20 de la Ley 16/1999.

5.2.2. Cambio de titularidad por transmisión del promotor a un tercero

La Ley 16/1999 prevé en su artículo 18.2 que deberá solicitarse una nueva licencia (entre otros casos) en el supuesto de cambio de promotor, siempre que se hubiera concedido la licencia al promotor originario. Sin embargo, la ley no previó el caso de transmisión por el promotor a un tercer adquirente no promotor, que ha venido a ser regulado por la Orden 123/2003, de 9 de enero.

La exposición de motivos de la Orden 123/2003 determina que «la práctica del comportamiento del mercado motiva que habitualmente se produzcan enajenaciones o transmisiones de los grandes equipamientos comerciales en favor de terceros, una vez que han sido inicialmente promovidos, quienes pasan a constituirse en propietarios, aun sin alterar las condiciones físicas y/o comerciales del equipamiento, en los términos autorizados en la correspondiente licencia comercial del gran establecimiento. Ello motiva la no conveniencia de someter dicha práctica nuevamente al procedimiento de concesión de la licencia, aunque deba garantizarse un seguimiento y control por parte de la Administración Pública responsable».

Este razonamiento ha servido como justificación para eximir del requisito de solicitud de nueva licencia el caso específico de transmisión por el promotor a un tercero no promotor. A cambio se implanta un mecanismo de notificación previa a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid, aportando la siguiente documentación:

| | |
|---|---|
| 1 | Denominación completa y domicilio a efecto de notificaciones. |
| 2 | Copia del Código de Identificación Fiscal (CIF). |
| 3 | Copias legalizadas de las escrituras de constitución, debidamente inscritas en el Registro correspondiente, así como de |

| | |
|---|---|
| | las modificaciones que hayan tenido lugar relativas a sus accionistas y a los órganos de administración de la empresa. |
| 4 | En el supuesto de que la empresa pertenezca a un grupo empresarial, debe remitirse información relativa a la empresa matriz. |
| 5 | Si la Sociedad, adquirente, o en su caso, su matriz, cotizara en Bolsa Oficial o Mercado de Valores Organizado, la información de los puntos c) y d) podrá sustituirse por la información equivalente que figure en el Organismo Público de Control del Mercado de Valores. |

En estos casos, el legislador ha tenido en cuenta que la transmisión de la titularidad del establecimiento comercial no ha modificado los elementos objetivos (condiciones físicas y/o comerciales) que fueron determinantes para el otorgamiento de la licencia comercial. Consecuentemente, la documentación exigida (únicamente referente a aspectos subjetivos del nuevo titular) se limita a satisfacer necesidades de información, seguimiento y control del titular del establecimiento comercial por parte de la Administración.

El procedimiento establecido por la Orden implica la revisión de esta documentación por la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid y la aprobación, en el plazo de un mes desde la notificación, de una nueva Orden de licencia comercial de gran establecimiento en favor de la entidad adquirente, «quien se subrogará en las condiciones y obligaciones establecidas, en su caso, en la licencia inicial».

Si bien la Orden 123/2003 especifica que la notificación ha de tener carácter previo a la transmisión del gran establecimiento, no se impone que la transmisión deba quedar paralizada hasta el otorgamiento de la Orden de subrogación en la licencia comercial. Por ello entendemos que puede procederse a la transmisión y que durante el intervalo de un mes establecido por la Orden 123/2003 el adquirente puede continuar con la actividad del gran establecimiento al amparo de la licencia comercial anterior, de conformidad con el artículo 10.2.c) del Decreto 130/2002.

6. CADUCIDAD DE LA LICENCIA COMERCIAL

La licencia comercial, al igual que el resto de licencias urbanísticas, está sometida al instituto de la caducidad. Al respecto, la caducidad de la licencia comercial, si bien es un instrumento jurídico que

tiene como objetivo primordial dotar de cierta eficiencia la instalación de grandes establecimientos comerciales, debe ser interpretado de forma restrictiva, insiste la jurisprudencia, dado su carácter ciertamente expropiatorio de derechos.

Así, la jurisprudencia viene exigiendo una serie de requisitos que deben examinarse en la caducidad de las licencias urbanísticas. Felipe Iglesias González²³ los sintetiza en tres, a saber: i) la previsión de caducidad; ii) la inexistencia de causa que justifique el no uso de la licencia comercial; y iii) la declaración formal en un expediente específico. Dichos requisitos aplicados al caso concreto de las licencias comerciales en la Comunidad de Madrid resultan los siguientes:

a) Previsión de caducidad.

El Decreto 130/2002 establece que la vigencia de la licencia comercial caduca en el plazo de un año a contar desde la notificación de su concesión, sin que se hubiesen iniciado las obras o dos años sin que se hubiese producido la apertura.

El texto de la licencia comercial puede recoger o no este extremo. De no recogerlo, en ningún caso supondría la no sujeción de la licencia comercial al plazo de caducidad legalmente establecido.

b) Inexistencia de causa que justifique el no uso de la licencia comercial.

La jurisprudencia ha venido entendiendo que para que opere el instituto de la caducidad de la licencia comercial deben ponderarse todas las circunstancias concurrentes al supuesto.

Así, no basta la mera inactividad del titular de la licencia comercial para entender caducada la misma (entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1985 (RJ 1985/4116) y 18 de julio de 1986 [RJ 1986/5518]), sino que es necesario que concorra un «evidente y claro propósito» por parte del titular de la licencia comercial de no continuar en el ejercicio de sus derechos así como la inexistencia de causa de fuerza mayor u otra circunstancia imprevista e inevitable que impida al titular de la licencia comercial ejerza los derechos adquiridos en virtud de la misma.

c) La declaración formal en un expediente específico.

Aunque la licencia comercial indique un plazo de validez, éste nunca opera automáticamente, sino que se requiere una

²³ Iglesias González, F. *Licencias urbanísticas 2003*, Francis Lefebvre, 2003. Págs. 287-289.

expresa declaración de caducidad. La declaración de caducidad requiere de una previa apertura de expediente de caducidad en el que se dé audiencia al interesado-titular de la licencia comercial, se emita los informes oportunos y se acrediten y ponderen todas las circunstancias concurrentes al supuesto.

No obstante lo anterior, el interesado puede solicitar, mediante escrito motivado y con antelación mínima de un mes al vencimiento del plazo de caducidad, la concesión de una única prórroga de la vigencia de la licencia por un período máximo de dos años, a contar desde su notificación.

La declaración de caducidad de la licencia comercial supone la necesidad de instar nuevamente la solicitud por parte del interesado.

7. REVOCACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL

El artículo 24 del Decreto 130/2002 establece que *«el incumplimiento de las condiciones contenidas en la Orden de concesión dará lugar a la revocación de la licencia comercial de gran establecimiento, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo, y por resolución motivada»*.

En consecuencia, la revocación exige el previo incumplimiento del titular de la licencia comercial de las condiciones contenidas en la propia licencia comercial. Estas condiciones no son solamente las que pueda imponer al dictar la Orden la Consejería relativas al ejercicio de la actividad o a la construcción del gran establecimiento, como las que hemos listado en el epígrafe 4.6 anterior, sino que pueden referirse también a, por ejemplo, la descripción del gran establecimiento que se haga en la Orden de concesión de la licencia comercial y la actividad u operador previsto en la misma.

Hemos tenido acceso a una única Orden de revocación de licencia comercial, de reciente aprobación, que justificaba dicha la revocación argumentando que *«las licencias, en cuanto autorizaciones, se conceden conforme a las circunstancias concurrentes en el momento en que se otorgan, y según la estructura de superficies y usos comerciales contenida en la documentación aportada en el expediente, y por ello están condicionadas a la permanente compatibilidad de la actividad autorizada con las exigencias legales y de interés público. De ahí la exigencia legal de revocar el contenido de la autorización inicialmente otorgada, si con posterioridad se incumplen tales exigencias, como sucede en el presente caso, puesto que en la Orden no se contenía en modo*

alguno una autorización expresa para la actividad comercial actualmente ejecutada».

Cabría cuestionarse también los efectos de la revocación de la licencia comercial sobre la licencia de obras ya otorgada. En principio, la licencia de obras sería ilegal, tras la revocación de la licencia comercial que la ampara. No obstante, dicha ilegalidad podría ser subsanada con la obtención de una licencia comercial posterior.

8. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar en estas páginas, la Comunidad de Madrid ha realizado grandes avances legislativos en lo que a licencia comercial respecta desde la aprobación de la LOCM y, sobre todo, desde la modificación del Estatuto de Autonomía en 1998. La Ley 16/1999 y su normativa de desarrollo, en especial el Decreto 130/2002, han logrado crear un marco normalizado de tramitación de las licencias comerciales que, comparado con otras normativas autonómicas, resulta abierto y favorecedor de la implantación de grandes establecimientos comerciales en el territorio autonómico. El concepto de gran establecimiento comercial establece umbrales razonables que no se alejan demasiado de los previstos en la LOCM, las tasas por tramitación de licencia comercial son muy democráticas y son extremadamente raros los casos de solicitud de licencia que se han saldado por una resolución denegatoria.

Sin embargo, también hemos podido ver en este artículo que la legislación vigente contiene aún algunas lagunas conceptuales y cuestiones que necesitarían de mayor precisión normativa.

Afortunadamente, la aprobación de la Orden 123/2003, que vino a clarificar un supuesto de hecho poco claro, permite esperar que las autoridades autonómicas continúe esta labor de resolución de ambigüedades hasta lograr un marco legislativo perfectamente claro y coherente para la obtención de licencias comerciales en la Comunidad de Madrid.

9. BIBLIOGRAFÍA

Alonso Teixidor, L. F. *Actividad comercial y planeamiento urbanístico. Curso de Urbanismo de Áreas Comerciales*. Servicio de Publicaciones del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, 1989.

Beladiez Rojo, M. «Los vicios de los actos urbanísticos y su revisión». *Revista de Administración Pública*, núm. 138 (1995).

- Cano Murcia, A.** *Manual de Licencias de Apertura de Establecimientos*. Aranzadi, 1999.
- Carreras i Verdagué, C.** «Per una nova geografia comercial urbana». *Revista Catalana de Geografia*, núm. 10, octubre 1989.
- Cases Pallarès, L. y Pons Cànovas, F.** *La implantación de grandes establecimientos comerciales*. Marcial Pons, 1998.
- García de Enterría, E. y T. R. Fernández Rodríguez.** *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, 2001.
- Grau Ávila, S.** «El régimen jurídico de las licencias urbanísticas». *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 117 (1990).
- Huelín Martínez de Velasco, J.** «Los Planes de Urbanismo; procedimientos para su elaboración y aprobación. su naturaleza normativa». Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 1992. Colección: Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 23 (T. XXIV). Páginas: 235-271.
- Iglesias González, F.** *Licencias urbanísticas 2003*. Francis y Taylor, 2003.
- Martínez de Pisón, I.** «Urbanismo comercial: el régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación de comercio minorista». *Revista de Administración Pública*, núm. 145 (1998).
- Ortega Bernardo, J.** «Las licencias urbanísticas». *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 160 (1997).
- Parejo Alfonso, L. (dir.)**. *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 1998.
- Pérez Fernández, J. M.**, *Urbanismo comercial y libertad de empresa*. Marcial Pons, 1998.
- Porto Rey, E. y A. Ortega García.** Las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento como instrumento de ordenación urbana. Organismos Oficiales de la Administración, 1975.
- Tornos Mas, J. (coord.)**. *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*. Tecnos, 2000.
- Tribunal de Defensa de la Competencia.
- La competencia en España: balance y nuevas propuestas, 1995.
 - Informe sobre las Condiciones de la Competencia en el sector de la Distribución Comercial (I 100/02).
 - Memoria Anual, 1992.
 - Memoria Anual, 1994.
 - Memoria Anual, 1996.
 - Memoria Anual, 1997.
 - Memoria Anual, 1998.
 - Memoria Anual, 1999.
 - Memoria Anual, 2000.
 - Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios.
- Sanz Jusdado, I.** «Análisis de la reciente jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de licencias urbanísticas». *Revista de Derecho Urbanístico* núm. 197 (2002).

Yagüe Guillén, M. *El sector comercial en la Comunidad de Madrid*. La Comunidad de Madrid en la Unión Europea. Instituto Universitario Ortega y Gasset. Madrid, 2000.

10. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES

- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1985 (RJ 1985/4116).
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1986 (RJ 1986/5518).
- Resolución de 6 de junio de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 4209/2001, del consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 31 de agosto de 1999, de la Directora General de Comercio, por la que se da publicidad a la Orden 5301/1999 del consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 31 de agosto de 1999, de la Directora General de Comercio, por la que se da publicidad a la Orden 5269/1999 del consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 3 de julio de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 5087/2001, del consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 10 de enero de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 28/2002 del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 10 de enero de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 33/2002 del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 16 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 1557/2001 del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 3 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica por la que se da publicidad a la Orden 3131/2003, de 6 de mayo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 3 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3176/2003, de 6 de mayo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.
- Resolución de 3 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3177/2003, de 6 de mayo,

del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 29 de mayo de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3181/2003, de 5 de mayo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 29 de mayo de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3130/2003, de 5 de mayo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de julio de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3677/2002, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de julio de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3676/2002, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 13 de noviembre de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 1124/2001, de 8 de noviembre, del consejero de Economía e Investigación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de julio de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3678/2002 del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 30 de noviembre de 2000, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 10993/2000, del consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 9 de mayo de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3298/2001, del consejero de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 20 de enero de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 169/2003, de 9 de enero, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 11 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3755/2003, de 13 de mayo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 11 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3756/2003, de 14 de mayo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 11 de junio de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 3898/2003, de 22 de mayo,

del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de febrero de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 974/2003, de 29 de enero, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de febrero de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 973/2003, de 29 de enero, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 16 de enero de 2001, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 165/2001, del consejero de Economía de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de septiembre de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 6568/2002, de 27 de agosto, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de septiembre de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 6567/2002, de 27 de agosto, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 10 de enero de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 26/2002, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 10 de enero de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 27/2002, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de abril de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 2249/2003, de 26 de marzo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 22 de julio de 2002, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 4888/2002, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 3 de abril de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 2250/2003, de 26 de marzo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 4 de abril de 2003, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad a la Orden 2254/2003, de 26 de marzo, del consejero de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid.

LA ACTUACIÓN PÚBLICA MEDIANTE SOCIEDAD URBANÍSTICA CON LA FINALIDAD DE OBTENER SUELO RESIDENCIAL URBANIZADO: EL PROYECTO CIUDAD JARDÍN-ARROYOMOLINOS

POR

VICTORIA LÓPEZ TORRALBA

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. Introducción: La actuación pública mediante sociedades urbanísticas. 2. Las sociedades urbanísticas: Áreas de Promociones Empresariales, S. A. ARPEGIO. 3. Fundamentos jurídicos de la actuación pública mediante sociedades urbanísticas. 4. Análisis de la actuación urbanística: Ciudad Jardín Arroyomolinos. 4.1. Localización: el municipio de Arroyomolinos. 4.2. Arroyomolinos dentro de las estrategias del Plan General Regional. 4.3. El proyecto y las normas urbanísticas: Revisión de las Normas Subsidiarias de Arroyomolinos. 4.4. Datos básicos de Ciudad Jardín-Arroyomolinos. 4.5. Ordenación prevista: superficies, usos, aprovechamientos, sistemas generales y cesiones. 4.6. Sistema de actuación y previsiones de ejecución. 5. Reflexiones sobre la actuación urbanística. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Al comenzar nuestro estudio, conviene partir de una idea que indudablemente ha de tenerse presente a lo largo del mismo, a saber, la configuración del **urbanismo como una función pública**. Esta máxima, de generalizado conocimiento, se desprende del ordenamiento jurídico —a partir de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956— y se recoge en nuestra jurisprudencia¹, par-

¹ La reciente doctrina del Tribunal Constitucional alude a este carácter público de la actividad urbanística en sus Sentencias 61/1997, de 30 de marzo, 164/2001, de 11 de julio y 27 de febrero de 2002. Por otra parte, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que recogen esta configuración del urbanismo como función pública.

Reproducimos a continuación, por su interés, parte del Fundamento de Derecho Noveno, de la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001:

«La impugnación del Art. 4 LRSV no puede prosperar a la vista de la doctrina sentada en la STC 61/1997, F. 14 c). En consecuencia, rechazamos todos los motivos de impugnación relatados en el antecedente 10 de esta Sentencia. De una lectura conjunta de los tres apartados del Art. 4 LRSV concluimos que este precepto atribuye a los entes públicos la dirección de la acción urbanística. Y, afirmada la dirección pública, impone el fomento de la participación privada. Según razonamos en nuestra STC 61/1997, F. 14 c), es el propio Art. 47 CE el que impone a los poderes públicos la regulación de la utilización

tiendo mandato constitucional que proclama el artículo 47, «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La Comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos». Esta configuración del urbanismo revela la primacía del interés general sobre la propiedad privada², pero también impone una serie de obligaciones y límites que en el ejercicio de la actividad urbanística, han de marcar la actuación pública.

Esta caracterización del urbanismo como actividad pública, implica que los sujetos que la llevan a cabo —directa o indirectamente— son **sujetos administrativos**, y particularmente, teniendo en cuenta la distribución de competencias de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo a partir de la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997³, se encomienda a los Ayuntamientos y a las Comunidades Autónomas, si bien, estas últimas continúan desempeñando un papel subsidiario respecto de los Ayuntamientos en la gestión urbanística, acudiendo dentro de sus fórmulas de actuación urbanística a entes como los Organismos Autónomos o las Empresas Públicas.

del suelo de acuerdo con el interés general. Conforme con este principio rector el Art. 4 LRSV ha adoptado, en lo que ahora importa, dos criterios normativos: la sustracción del control y dirección de las actuaciones urbanísticas a los mecanismos de mercado (y por tanto a las decisiones de los propietarios o empresarios); y la participación de los particulares (propietarios o no) en la acción urbanística pública. Estas dos opciones normativas establecen, con carácter general, límites al posible juego de los derechos de propiedad (Art. 33.1 CE) y —en su caso— de libre empresa (Art. 38 CE) en relación con un bien escaso como es el suelo. No podemos dudar ahora, como tampoco hicimos en nuestra STC 61/1997, F. 14 c), de que esta regulación establece condiciones básicas de ejercicio de los derechos constitucionales de propiedad y de libertad de empresa. En el marco de esta regulación corresponde a cada Comunidad Autónoma la concreta articulación de la acción urbanística pública con la participación o iniciativa privadas (así, mediante la regulación de los sistemas o técnicas de ejecución del planeamiento y, en relación con ello, del derecho a promover la transformación de suelo urbanizable). Es precisamente en el marco de la legislación autonómica donde han de quedar delimitados los ámbitos de participación e iniciativa propios del propietario y, en su caso, del empresario urbanizador.»

² Artículo 33 de la Constitución Española, al referirse a la función social de la propiedad.

³ La doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que anuló la mayoría de los artículos del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, afirma que el legislador estatal carece de toda competencia en materia de territorio y urbanismo, sin perjuicio de las que la Constitución española le reconoce al amparo del artículo 149.1 en materia que tiene relación directa con el urbanismo (como el establecimiento de las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad —apartado 1.— o en materia de expropiación forzosa —apartado 18.—).

Siguiendo a Lliset Borrel⁴, cabe distinguir tres niveles de actividad pública referidas al ámbito urbanístico, con sus propias peculiaridades organizativas:

- Actividad de ordenación (esencialmente referida a los planes urbanísticos), que suponen el ejercicio de una potestad administrativa mayor, indesconcentrable, indescentralizable e indelegable, y que está atribuida al Ayuntamiento en pleno.
- Actividad de dirección, que también constituye una función pública, ex Artículo 4.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, es decir, el ejercicio de potestades administrativas de ejecución, como la aprobación de proyectos de reparcelación o compensación o el otorgamiento de licencias.
- Actividad material de ejecución de los planes, que supone la realización de la obra urbanizadora, permitiéndose en este caso formas privadas de gestión, al no implicar el ejercicio de autoridad.

Dentro de estas formas privadas de gestión para la ejecución material de los planes, una forma idónea para llevar a cabo tal finalidad la constituyen la **empresa urbanística** que en ningún caso puede ejercer funciones que impliquen el ejercicio de autoridad pública, pero que trata de hacer efectivos los principios de eficacia y eficiencia consagrados en los artículos 103 y 32.1 de la Constitución española.

Realizadas las anteriores precisiones, vamos a centrar nuestro estudio, como indica el título del trabajo, en el análisis de una actuación urbanística concreta en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, ejecutada por una empresa pública con forma de sociedad mercantil dependiente de la misma —ARPEGIO—, con la finalidad de producir suelo residencial urbanizado en un municipio del sur de la región. La metodología que vamos a seguir consiste hacer una breve referencia a la entidad pública actuante, en segundo lugar, un análisis de la actuación para aportar finalmente algunas ideas o reflexiones a la luz de lo expuesto.

2. LAS SOCIEDADES URBANÍSTICAS. ÁREAS DE PROMOCIÓN EMPRESARIAL, S. A., ARPEGIO.

Antes de referirnos específicamente a las Sociedades Urbanísticas, resulta muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal Cons-

⁴ Lliset Borrel, F., Gerencias de Urbanismo y Sociedades Urbanísticas. Manual de Urbanismo. INAP.

titucional de 31 de enero de 1986 al analizar, con carácter general, la actuación de la Administración Pública mediante entidades, parte de cuyo Fundamento Jurídico Séptimo reproducimos a continuación: «Siguiendo esa misma línea de pensamiento es preciso referirse aquí, antes también de entrar a analizar el contenido y alcance de los preceptos tachados de irrespetuosos con la competencia estatal, a una realidad fáctica y jurídica, cual la del modo de actuar de las Administraciones públicas mediante determinadas entidades, más en particular, el valor del Derecho público y del privado a la hora de admitir ciertas formas de personificación de las entidades públicas y sobre el régimen de las mismas, cuestiones en las que se ha constatado una evidente evolución —en la que sería impertinente entrar— hasta haber adquirido en la actualidad carta de naturaleza la creación por la Administración de entes institucionales bajo formas privadas de personificación, muy en particular bajo la forma de sociedades anónimas, lo que conduce a la actuación bajo un régimen de Derecho privado, de entes que se han personificado bajo una forma jurídica pública, de todo lo cual es buena muestra, en nuestra Patria, la misma Ley de Sociedades Anónimas que en su Artículo 10 admite sociedades de ese tipo con un solo accionista, un ente público, y en esa misma dirección se suelen invocar los pertinentes preceptos de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, Ley del Patrimonio del Estado, e incluso la Ley General Presupuestaria, a cuyas normativas habremos de aludir más adelante. Parece claro que, como observa la doctrina, la instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conectan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica».

Se ha dicho también que la forma mercantil supone la introducción en el tráfico de una entidad que externamente, en sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho privado, pero internamente tal sociedad es realmente una pertenencia de la Administración, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma, y a estos conceptos responde la regulación legal española, bien que la misma haya que entresacarse a veces de ordenamientos o cuerpos diversos, como pueden ser los ya antes citados, sobre cuyos textos, —repetimos— habremos de volver».

Centrándonos ya en la sociedad urbanística, que obviamente participa de las mismas características que cualquier

empresa pública si bien con un objeto⁵ centrado en el ámbito urbanístico, resulta clarificador partir de su concepto, definiéndola como aquella sociedad mercantil cuya propiedad corresponde total o parcialmente a un ente público, dedicada a la ejecución de las actividades urbanísticas, definición de la que se desprenden como notas esenciales las siguientes⁶:

- 1) Sociedad mercantil, lo que excluye necesariamente a las personas físicas y las jurídicas no mercantiles como las sociedades civiles.
- 2) Propiedad pública, la titularidad del capital social pertenece total (empresas instrumentales, constituyendo un supuesto de gestión pública directa) o parcialmente (empresas mixtas) a un ente público, ya sea de forma directa o indirecta.
- 3) La finalidad urbanística en sentido amplio, con el único límite de imposibilidad de intervenir en actos que impliquen ejercicio de autoridad reservados a la Administración Pública. En este sentido se expresa la Exposición de Motivos del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado mediante Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (en adelante RGU) al señalar que pueden crearse por la Administración para todos los fines «sin excluir ninguno de los fines incluidos en el ámbito urbanístico».

Señalado lo anterior, es preciso advertir que el ente ÁREAS DE PROMOCIÓN EMPRESARIAL, S. A., ARPEGIO, responde a estas notas características puesto que es una empresa pública de la Comunidad de Madrid⁷, con forma jurídica de sociedad anónima mercantil, dependiente de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y

⁵ Respecto a las posibilidades de actuación de las sociedades urbanísticas se pueden consultar las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 2 de octubre de 2000 y 17 de junio de 1998.

⁶ Boletín informativo n.º 71 de la Asociación Española de Promotores Públicos de Vivienda y Suelo.

⁷ Conforme al artículo 2.1 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, «Constituirán la Administración institucional de la Comunidad de Madrid, quedando sometidas a las disposiciones de esta Ley: a) los Organismos Autónomos. b) Los Organismos de Gestión sin personalidad jurídica distinta de la Comunidad y, en su caso, los Organismos Autónomos. c) Las Empresas Públicas.» Añadiendo el apartado segundo del precitado artículo, en su letra c) que entiende la Ley por Empresas Públicas: 1) las sociedades mercantiles, en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta, de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público y demás Entes Públicos (apartado redactado por Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid). 2) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia que por la naturaleza de su actividad y en virtud de ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.»

Transportes, y que forma parte de su Administración Institucional, perteneciendo su capital social íntegramente a esta Administración Autonómica.

Remontándonos a su origen, en su génesis, esta empresa pública no tenía un objeto social centrado en el desarrollo y promoción de actividades urbanísticas en general y para toda la Comunidad de Madrid, sino que su actuación se limitaba al desarrollo y promoción de innovaciones y tecnología industriales aplicables tanto a productos como a procesos, dentro del ámbito de la actuación urbanística de Tres Cantos.

Paulatinamente, el objeto social de esta entidad se va ampliando para dar respuesta a las nuevas necesidades emergentes en el ámbito autonómico y, concretamente, como instrumento de inestimable ayuda en el desarrollo de las políticas que en materia de urbanismo en general, marcaba la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid, de la que depende directamente, ejecutando las estrategias que desde el Gobierno regional se establecían en materia de suelo e infraestructuras.

Actualmente, su objeto social —tras sucesivas ampliaciones— ha quedado redactado del siguiente modo (escritura pública de ampliación del objeto social de fecha 13 de febrero de 1996):

«Esta sociedad, tiene por objeto:

1. La realización en todo el territorio de la Comunidad de Madrid, de toda clase de actuaciones relacionadas con la preparación de suelo para cualquier uso en sus diversos aspectos y etapas de planeamiento urbanístico, mediante la realización de estudios y proyectos, obras de infraestructura, urbanización y equipamientos, así como conservación de obras e instalaciones.

2. La promoción inmobiliaria de oficinas, centros y locales comerciales, parques temáticos, tecnológicos, naves industriales y viviendas, tanto de protección oficial como libres o de precio tasado, incluyendo la comercialización de todo ello.

3. La adquisición y enajenación de terrenos y de toda clase de inmuebles.

4. La gestión y prestación de toda clase de servicios urbanos o cualesquiera otros que sean necesarios para el desarrollo de las diversas promociones inmobiliarias, así como la creación de entidades o la participación en otras ya existentes, bajo cualquier forma jurídica, que contribuya o sean precisas para el cumplimiento de estos fines.

5. Proyectar, desarrollar y construir, así como conservar y explotar, por sí o por terceras personas, en nombre propio y por cuenta de

la Comunidad de Madrid, las obras públicas y los servicios que se puedan desarrollar en relación con las infraestructuras que se estimen necesarias para el interés público en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid. Su actividad comprenderá igualmente, la formulación y ejecución de proyectos de urbanización, así como la actividad urbanizadora promoviendo y gestionando urbanizaciones y realizando obras de infraestructuras y dotación de servicios en áreas determinadas; así como la financiación, gestión y explotación de las obras y los servicios resultantes de la urbanización».

La concreción de nuestro estudio impide hacer un examen exhaustivo de ARPEGIO, pero sí conviene apuntar cuestiones que, como hilo argumental, permiten dar una visión de conjunto de su forma de gestión. En primer lugar, al ser un modelo de gestión pública con forma jurídico-privada participa de las ventajas que ofrece esta forma de actuación, por lo que su flexibilidad en la adaptación a las demandas⁸, caracterizan su intervención en el mercado. Todo ello sin perjuicio de que ARPEGIO, como empresa pública, debe cumplir en todos sus procesos de gestión con los principios de publicidad y libre concurrencia, que vienen establecidos por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

En definitiva, con esta fórmula de gestión la Comunidad de Madrid garantiza el control absoluto en la actuación de la sociedad mercantil, cuya titularidad le corresponde íntegramente, pero a la vez obtiene las ventajas de la sujeción al Derecho privado como son la limitación de responsabilidad y eludir el rígido control administrativo que opera en el ámbito presupuestario, de contratación o incluso de selección de personal a su servicio.

Deteniéndonos brevemente en el aspecto presupuestario y financiero⁹, como muestra de la interrelación existente entre esta empresa pública y la Administración de la que depende, resulta destacable cómo ARPEGIO actúa en calidad de mandataria de la Comunidad de Madrid y realiza los encargos solicitados por ésta¹⁰, regulándose su

⁸ El artículo 58.2 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid establece que la actuación de las Empresas Públicas se inspirará en los principios de eficacia, productividad, economía y rentabilidad social.

⁹ Sobre el Programa de Actuación, Inversiones y Financiación (PAIF) que han de elaborar las Empresas Públicas téngase en cuenta el artículo 59 de la Ley 1/1984 y el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

¹⁰ Conviene destacar que las sociedades urbanísticas que pueden desarrollar todos los fines incluidos en el ámbito urbanístico (según expresa la Exposición de Motivos del RGU), puede actuar en el ejercicio de estos fines, como una actividad propia y privada si no implica el ejercicio de potestades públicas o bien como concesionaria o mandataria de la Administración de la que depende.

relación a través de un Convenio (inicialmente firmado el 14 de marzo de 1996 y desarrollado por otro posterior de fecha 15 de julio de 1996). Algunos aspectos económico-financieros destacables del Convenio son que la Comunidad ha de rembolsar a la entidad mercantil todos los gastos, incluidos los financieros, en los que incurra. En los presupuestos de la Comunidad de Madrid se recogen los compromisos de gastos plurianuales para cubrir los encargos y se concreta el importe máximo de endeudamiento autorizado a la sociedad. Ésta se compromete a concertar las operaciones de endeudamiento necesarias en las mejores condiciones de mercado. El endeudamiento se traslada de los presupuestos de la Comunidad a los de la sociedad.

De tal manera que ARPEGIO es una empresa que se autofinancia y no recibe aportaciones de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de que reciba aportaciones de suelo público para su transformación y puesta en el mercado. Además, con el fin de hacer frente al gran volumen de inversiones necesario para el cumplimiento de sus objetivos, ARPEGIO reinvierte los ingresos obtenidos por la enajenación de parcelas, y en su caso acude al mercado financiero para realizar operaciones de crédito en las mejores condiciones posibles.

Retomando la cuestión relativa a su objeto, la función urbanística de ARPEGIO, se concreta en **cuatro grandes líneas de actuación** marcadas por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid, que sintéticamente son las siguientes¹¹:

- 1) Gestión de Suelo Público, que comprende la gestión del Planeamiento Urbanístico, Proyectos de Urbanización e Infraestructuras, Ejecución de Obras, Estudios de Mercado y Comercialización de Parcelas.
- 2) Gestión de Infraestructuras Públicas, que abarca la financiación, construcción y explotación en nombre propio y por cuenta de la Comunidad de Madrid, de las obras públicas y los servicios que se puedan desarrollar en relación con las infraestructuras necesarias para el interés público en el territorio de la Comunidad de Madrid.
- 3) Parque de Ocio de la Comunidad de Madrid, para la construcción en el término municipal de San Martín de la Vega de un área de ocio-cultural, con grandes inversiones en infraestructuras de acceso y recuperación medioambiental.

¹¹ Objetivos definidos por la propia empresa pública en su página Web, en la que además detalla las actuaciones que ha venido realizando recientemente.

- 4) Nuevos Desarrollos Residenciales, a través de lo cual la Comunidad de Madrid inició un proceso de adquisición de suelo, por vías distintas a la expropiación forzosa y a través de acuerdos con los Ayuntamientos para promover áreas de desarrollo residencial siguiendo los criterios de la Dirección de Planificación Regional y Urbanismo de la Consejería de Obras Públicas.

En este último apartado se incardina la actuación que vamos a examinar, a través de la cual ARPEGIO se marca como objetivo la producción de suelo residencial urbanizado. Sin embargo, no es la única actuación que ha realizado con la finalidad de generar suelo residencial, pudiendo citarse otras también destacables: Parque Residencial Soto de Henares en Torrejón de Ardoz para la construcción de más de seis mil viviendas —el cincuenta por ciento con algún grado de protección—, o el proyecto Alcalá Garena, todo ello sin olvidar otras operaciones en las que, sin ser el objetivo prioritario el desarrollo residencial, se les otorga un lugar preferente como medio para reequilibrar la actuación, así en el Parque Empresarial Madrid Las Rozas, donde alrededor de un nuevo centro urbano empresarial se urbanizaron parcelas para la construcción de más de dos mil viviendas; el Parque Lineal Arroyo Culebro, dentro del cual se integraba el Parque Residencial Polvoranca Culebro o el Parque Oeste Alcorcón, esta última con preeminencia de los usos terciarios pero en el que el uso residencial también merece ser mencionado.

Sin perjuicio de las reflexiones que posteriormente realizaremos, la fórmula de actuación para llevar a cabo este nuevo desarrollo residencial, mediante la adquisición de suelo por vías distintas a la expropiación forzosa y a través de acuerdos con el Ayuntamiento de Arroyomolinos, responde no sólo a la mayor facilidad de gestión para ARPEGIO sino también a una estrategia de política urbanística global, dentro de la Comunidad Autónoma. Se trata de una actuación urbanística singular, en una zona en la que inicialmente no existe demanda real de vivienda a corto plazo, y que al apreciarse la necesidad o decidirse políticamente que esta necesidad exista utilizando un elemento de atracción (como es en este caso el Parque de la Nieve junto con un nuevo parque industrial previsto), se acude a una entidad concreta y no a la fórmula de Consorcio urbanístico, modelo en el que apenas existe participación de capital público y que resulta viable en aquellos ámbitos en que existe una demanda real de suelo y la oferta es muy inferior, teniendo en cuenta, además, que es una operación que se desarrolla unida a la de MADRID XANADÚ, sirviéndose de su tirón en la zona.

Haciendo una **exposición sucinta de la operación llevada a cabo en Arroyomolinos por ARPEGIO:**

- 1) ARPEGIO procede a realizar una operación de **adquisición de terrenos** a gran escala en el municipio de Arroyomolinos, que se materializa mediante escritura pública de fecha 22 de julio de 1998. Estos terrenos estaban clasificados como suelo rústico según las Normas Subsidiarias del Planeamiento Municipal de Arroyomolinos de 1995¹². Con anterioridad ya se había celebrado un **convenio urbanístico** entre el Ayuntamiento de Arroyomolinos y Arpegio para marcar las pautas de desarrollo de los terrenos adquiridos.
- 2) **Reclasificación del suelo**, que tras la Revisión de las Normas Subsidiarias (en adelante NN.SS.) se convierte en **Suelo Apto para Urbanizar (SAU)**, dando cumplimiento a los precitados convenios urbanísticos.
- 3) ARPEGIO procede a realizar todos los trámites necesarios para la producción de suelo residencial urbanizado, mediante los **instrumentos urbanísticos necesarios** para los Sectores de Suelo Apto para Urbanizar, SAU 3 y SAU 5, como examinamos a continuación.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACTUACIÓN PÚBLICA MEDIANTE SOCIEDAD URBANÍSTICA

Sin ánimo de ser exhaustivos, y con el único objeto de ordenar con cierta uniformidad los preceptos fundamentan la intervención pública mediante sociedad urbanística, y en particular la actuación que estamos examinando, podemos establecer el siguiente esquema:

— **Fundamentos constitucionales** de la intervención pública en el ámbito urbanístico:

Artículo 47 de la Constitución Española¹³.

¹² Las Normas Subsidiarias de Planeamiento de Arroyomolinos, aprobadas definitivamente por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de junio de 1995 (BOCM de 19 de junio de 1995). La Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal fueron aprobadas definitivamente por Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid en julio de 2001.

¹³ Artículo 47 de la Constitución Española: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Artículos 103¹⁴ y 31.2¹⁵ de la Constitución Española, para hacer efectivo el principio de eficacia y eficiencia de las Administraciones Públicas.

Artículos 38¹⁶ y 128.2¹⁷ de la CE, atendiendo a la iniciativa pública en la actividad económica.

— **Fundamentos legales y reglamentarios:**

Artículo 4 de la Ley 6/98, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y valoraciones¹⁸.

Artículos 4 y 115, del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1976¹⁹.

Artículos 21 a 23²⁰ del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado mediante Real Decreto 3288/78, de 25 de agosto.

¹⁴ Artículo 103 de la Constitución Española: «1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

¹⁵ Artículo 31.2 de la Constitución Española «2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía».

¹⁶ Artículo 38 de la Constitución Española: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

¹⁷ Artículo 128.2 de la Constitución Española: «2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

¹⁸ Artículo 4 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Régimen del Suelo y Valoraciones. «Acción urbanística e iniciativa privada.

1. Los propietarios deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, sin perjuicio de respetar la iniciativa de aquéllos.
2. La gestión pública a través de su acción urbanizadora y de las políticas de suelo suscitará, en la medida más amplia posible, la participación privada.
3. En los supuestos de actuación pública, la Administración actuante promoverá, en el marco de la legislación urbanística, la participación de la iniciativa privada aunque ésta no ostente la propiedad del suelo.»

¹⁹ La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, Texto Refundido aprobado por Real Decreto 1345/1976, de 9 de abril, dispone en su artículo cuarto que la gestión urbanística podrá encomendarse a Organismos de carácter público, a la iniciativa privada y a Entidades mixtas. Y, con relación a estas últimas, el artículo 115 de la misma Ley determina que el Estado y las Entidades Locales podrán constituir Sociedades anónimas o Empresas de economía mixta, con arreglo a la legislación aplicable en cada caso para la ejecución de los planes de ordenación; precepto que reproduce sustancialmente el contenido del artículo 138 de la Ley anterior, de 12 de mayo de 1956, y que constituye el reconocimiento y confirmación de tradicionales formas organizativas que, en el ámbito urbanístico, han tendido a agilizarse la gestión de la política de suelo y a incorporar a la misma las técnicas propias de la iniciativa privada.

²⁰ Dispone el Reglamento de Gestión Urbanística, al referirse a la Personificación en forma societaria:

«Artículo 21.1: Las Administraciones urbanísticas podrán crear, conjunta o separadamente, Sociedades anónimas cuando así convenga a la promoción, gestión o ejecución de

Real Decreto 1169/1978, de 2 de mayo, sobre creación de sociedades urbanísticas por el Estado, los Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales

Es preciso tener en cuenta, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, que la normativa anterior a la Constitución Española en materia de Sociedades Urbanísticas se encuentra en vigor como derecho supletorio en la medida en que la normativa urbanística de las Comunidades Autónomas no la regulen o la regulen parcialmente.

— En el caso concreto de la **Comunidad de Madrid**²¹, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad Madrid, en su artículo 74 establece, al referirse a las formas de gestión de la actividad pública (dentro del Título III de la Ley, Ejecución del Planeamiento), que la Administración de la Comunidad Madrid y los municipios podrán utilizar, para el desarrollo de la actividad de ejecución que sea de su respectiva competencia, todas las formas o modalidades de gestión admitidas por la legislación de régimen jurídico y de contratación de las Administraciones públicas y de régimen local.

Para el desarrollo cooperativo de la actividad de ejecución, las Administraciones previstas en el número 1 de este artículo podrán, además:

actividades urbanísticas. El acuerdo de creación, así como, en su caso, el de participación en la Sociedad ya creada, se registrará por la legislación que a cada Entidad le sea aplicable.

2. Podrá, especialmente encomendarse a las Sociedades constituidas por las Administraciones urbanísticas:

- a) La realización de obras de infraestructura y dotación de servicios en un área o polígono determinados de actuación urbanística.
- b) La promoción y gestión de urbanizaciones, con independencia del sistema que se adopte para la elaboración y ejecución del planeamiento urbanístico.

3. La participación pública en las Sociedades a que este artículo se refiere habrá de ser en todo caso mayoritaria.

Artículo 22 del RGU: «1. Podrán también participar las Administraciones urbanísticas en cualesquiera otras Sociedades constituidas, con limitación de responsabilidad, por particulares para el desarrollo de fines de naturaleza urbanística.

2. En los supuestos a que este artículo se refiere, la participación administrativa podrá no ser mayoritaria. Si recibiesen especiales atribuciones por parte de la Administración competente, la Sociedad podrá quedar sometida al vínculo específico de control o sujeción que se determine, con la finalidad de adecuar tales atribuciones a los fines de interés público».

Artículo 23 del RGU establece que «La Administración competente podrá entregar a las Sociedades urbanizadoras las concesiones de servicio convenientes, a fin de que con su explotación obtengan la retribución de la obra urbanizadora».

²¹ Por razones de claridad expositiva, nos referimos en este apartado exclusivamente a aquellos preceptos normativos relativos a las Sociedades Urbanísticas específicamente, sin perjuicio de traer a colación el resto de disposiciones citadas anteriormente reguladoras de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, en general, y de las empresas públicas, como es el caso de ARPEGIO, en particular.

- a) Constituir consorcios, atribuyendo a éstos competencias.
- b) Crear Mancomunidades de municipios para la gestión de servicios urbanísticos.
- c) Delegar competencias propias en otras Administraciones, organismos de ellas dependientes o entidades públicas por ellas fundadas o controladas.
- d) Utilizar los órganos de otras Administraciones o de los organismos dependientes o adscritos a ellas para la realización de tareas precisas para el ejercicio de competencias propias.

Específicamente el artículo 75, bajo la rúbrica «Sociedades Urbanísticas», reza que las Administraciones antes indicadas, las entidades públicas de ellas dependientes o a ellas adscrita y los consorcios por ellas creados, podrán constituir sociedades mercantiles de capital íntegramente público o mixto con cualquiera de las finalidades siguientes:

- a) Redacción, gestión y ejecución del planeamiento.
- b) Consultoría y asistencia técnica.
- c) Prestación de servicios.
- d) Actividad urbanizadora, ejecución de equipamientos, gestión y explotación de las obras resultantes.

En ningún caso podrán estas sociedades urbanísticas, a que se refiere el número anterior, proceder directamente a la ejecución material de las obras.

En cuanto a este último apartado, la Ley introduce una modificación de extraordinaria importancia, pues el artículo 79.1 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo (que ya se refería a las sociedades urbanísticas, si bien con menor amplitud), permitía que las Sociedades ejecutasen servicios u obras en concurrencia con las personas privadas, ejecución de obras por las sociedades que ya contemplaba el artículo 21.2 a) del Reglamento de Gestión Urbanística, cosa que con la Ley 9/2001 no se permite²².

²² En este sentido Ángel Ortega García y Juan Ortega Cirugeda en *Comentarios a la Ley del Suelo de Madrid*. Editorial Montecotvo, Madrid, 2001.

4. ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN URBANÍSTICA CIUDAD JARDÍN-ARROYOMOLINOS²³

Realizada una primera aproximación al proyecto en los epígrafes anteriores, procedemos a continuación a examinar la actuación urbanística denominada «Ciudad Jardín-Arroyomolinos» de forma más minuciosa, teniendo en cuenta que el proyecto engloba dos sectores de suelo apto para urbanizar.

ARPEGIO autodefine su proyecto desde la idea de **reequilibrio**, con una doble perspectiva: el reequilibrio entre el norte y el sur de la Comunidad de Madrid, es decir, un **reequilibrio territorial de ámbito regional**, dando mayor impulso a una zona desfavorecida y para la que el Plan Regional de Estrategia Territorial de 1996²⁴ había previsto su desarrollo y, en segundo lugar, **reequilibrio dentro de la demanda local**, con la aspiración de que las nuevas viviendas proyectadas sirvan como residencia a quienes ocupen los nuevos puestos de trabajo generados tanto en el centro de ocio Madrid-Xanadú como en el polígono industrial previsto.

Ciertamente, no podemos olvidar que el proyecto desde la perspectiva de los instrumentos de planeamiento y gestión del suelo no responde a fórmulas especialmente complejas —formalmente se trata del desarrollo urbanístico de un terreno por un único propietario mediante el sistema de compensación— pero sí nos permite comprender cómo opera una sociedad urbanística sustentada con fondos públicos pero valiéndose de los medios que el régimen jurídico-privado le ofrece, es decir, supone la combinación en el ámbito urbanístico de los principios plasmados en los artículos 47, 103, 38 y 128 de la Constitución Española.

4.1. Localización: el municipio de Arroyomolinos

El municipio de Arroyomolinos, con una superficie total de 20,7 kilómetros cuadrados, se encuentra situado al sur de la Comunidad de Madrid, limítrofe con la Corona Metropolitana de Madrid, distando 22 kilómetros de la misma. Los municipios que rodean a Arroyomolinos

²³ Epígrafe elaborado a partir de los datos contenidos en el documento de Revisión de las Normas Subsidiarias del Municipio de Arroyomolinos y de los Planes Parciales correspondientes a los sectores SAU-3 y SAU-5.

²⁴ Arroyomolinos constituye una de las Unidades de Desarrollo Equilibrado (UDE), previstas en el Plan Regional de Estrategia Territorial, cuyo Documento de Bases fue aprobado por Consejo de Gobierno el 20 de junio de 1996.

son en su parte norte Móstoles, al oeste Navacarnero y Moraleja de Enmedio, al sudeste. El proyecto urbanístico CIUDAD JARDÍN se desarrolla en su término municipal y cuenta con una buena red de infraestructuras de comunicaciones, accesos a través de la carretera M-413, al que se añade un nuevo acceso que partirá de la N-V para enlazar con la Avenida del Bulevar, y además de la radial R-5; todo ello sin olvidar la posibilidad de acceder a través de las estaciones de tren en Móstoles y del MetroSur.

Otro de los elementos que han influido decididamente en la ordenación urbanística del municipio ha sido su situación geográfica, destacando en este punto el hecho de que gran parte del término municipal se integra en el ámbito territorial del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno²⁵, siendo esta zona clasificada urbanísticamente como Suelo No Urbanizable de Protección. Esta circunstancia ya fue tenida en cuenta en la Revisión de las NNSS, definiendo un modelo urbano finalista que abarcó la mayor parte de los suelos vacantes del municipio no afectados por las protecciones del Parque Regional del Guadarrama.

4.2. Arroyomolinos dentro de las estrategias del Plan General Regional

Resulta conveniente una cita somera al documento de Bases del Plan Regional de Estrategia de 20 de junio de 1996 —redactado por la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid al amparo del Artículo 18.1 de la Ley 9/1995, de 28 de

²⁵ Ley 20/1999, de 3 de mayo, del Parque Regional del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno, modificada por la Ley 4/2001, de 18 de junio. Específicamente, el artículo 7 de la precitada Ley, bajo la rúbrica «Condiciones urbanísticas» señala lo siguiente:

1. El territorio incluido en el Parque Regional tendrá la calificación urbanística de Suelo No Urbanizable de Especial Protección.
2. Las disposiciones establecidas en esta Ley, en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Curso Medio del río Guadarrama y su entorno o en el Plan Rector de Uso y Gestión constituirán un límite para el planeamiento urbanístico municipal o para cualquier otro instrumento de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterarlas o modificarlas.
3. Las normas de planeamiento urbanístico o cualquier otro instrumento de ordenación territorial o física existente que afecten al ámbito de la Ley deberán adecuarse a las determinaciones del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales.
4. El deterioro de las áreas de máxima protección y de protección y mejora, por incendios, desaparición de fauna protegida u otros estragos sobrevenidos, no podrá dar lugar a un cambio de categoría que modifique la zonificación establecida en el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales. La Comunidad de Madrid tomará en esos casos, las medidas oportunas para la restauración de dichas zonas.

marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo— que configuraba al municipio como uno de los vectores básicos espaciales de la Región, encuadrándolo como una Unidad de Desarrollo Equilibrado (UDE). Esto no supone que sobre el municipio se establezca desde el Plan ninguna acción específica sino, más bien, que sobre la zona existe una concepción que prima las estrategias territoriales desde una óptica globalizadora. En resumen, el Documento de Bases del Plan Regional de Estrategia Regional encuadra a Arroyomolinos en una zona tratada como una de las de mayor crecimiento de la región en los próximos años, y ocupando el segundo lugar dentro de los ámbitos territoriales con mayor número de viviendas a construir en un futuro próximo.

Del contenido del documento puede concluirse que a mediados de los años noventa todavía se consideraba, desde la perspectiva política, que el sur de la región exigía un impulso para dar respuesta a las necesidades de vivienda, cosa que a día de hoy es discutible, puesto que estas zonas ya no pueden ser calificadas como zonas deprimidas y necesitadas de ayudas públicas, o al menos, no más necesitadas que otros municipios del norte de la región.

4.3. El proyecto y las normas urbanísticas:

Revisión de las Normas Subsidiarias de Arroyomolinos

Resulta necesario, para la comprensión de la operación que estamos estudiando, examinar el proceso de gestación de las normas de planeamiento que dan cobertura a la misma.

En primer lugar, partimos de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal de Arroyomolinos, aprobadas definitivamente por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de fecha 1 de junio de 1995, que en poco tiempo, por la excelente posición del municipio y los elevados niveles de actividad inmobiliaria, determinaron la necesidad de una revisión de su planeamiento general para dar respuesta a las nuevas necesidades que surgían.

Con fecha 15 de enero de 1998, fue suscrito un Protocolo entre la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y el Ayuntamiento de Arroyomolinos, con objeto de establecer conjuntamente los criterios básicos para la Revisión de las Normas Subsidiarias, teniendo en cuenta en dicho documento la configuración de Arroyomolinos como Unidad de Desarrollo Equilibrado. Con fecha 10 de marzo de 1998 fue suscrita una Addenda al citado Protocolo.

En la revisión de las NNSS también resultaron esenciales una serie de convenios y acuerdos administrativos —actos previos al desarrollo

de las NNSS—, suscritos como garantía de la materialización de sus previsiones. Entre dichos acuerdos, destaca el Convenio Urbanístico del SAU-3, El Jardín de Arroyomolinos y SAU-5 Molino Perdido, suscrito entre el Ayuntamiento de Arroyomolinos y ARPEGIO, S. A. el 26 de julio de 2000, modificando otro anterior, de fecha 21 de diciembre de 1998, relativos ambos a la finca «Las Isabelas», propiedad de Arpegio y a la que pertenecen ambos Sectores.

La Revisión de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, teniendo en cuenta los acuerdos anteriores, fue aprobada definitivamente en agosto de 2001; revisión adaptada a las previsiones de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid y al Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, de Medidas Liberalizadoras en materia de Suelo y de Colegios Profesionales, pues hay que tener en cuenta que esta revisión no se ve afectada por la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid, sin perjuicio de lo dispuesto en sus Disposiciones Transitorias, al entrar en vigor después de la aprobación definitiva de la Revisión de las NNSS.

En desarrollo de la revisión de dichas NNSS, se aprobó definitivamente con fecha 24 de octubre de 2002 el Plan Parcial de Ordenación del Sector Residencial SAU-3 Ciudad Jardín y pocos días después, el 29 de octubre el Plan Parcial de Ordenación del Sector Residencial SAU-5 Molino Perdido, dando también respuesta a las previsiones del citado Plan Regional.

La redacción de ambos Planes Parciales fue iniciativa de la mercantil ARPEGIO, S. A. propietaria de la totalidad de los terrenos, pues de acuerdo con las previsiones de la Revisión de las NNSS los Sectores debían ser desarrollados por la iniciativa privada mediante el sistema de compensación.

Recientemente, el Ayuntamiento Pleno de Arroyomolinos, en sesión celebrada el 28 de abril de 2003, adoptó el Acuerdo de aprobación definitiva de los instrumentos urbanísticos relativos a los Sectores SAU-3 y SAU-5; en concreto, la aprobación definitiva de la iniciativa de ejecución, de la aplicación del sistema de compensación, del proyecto de reparcelación, ratificación del convenio urbanístico suscrito y del proyecto de urbanización.

4.4. Datos básicos de CIUDAD Jardín-Arroyomolinos

En la Revisión de las NNSS se contempla un notable crecimiento residencial del municipio que se concreta en 10.200 nuevas vivien-

das²⁶, de las que este proyecto aporta 3.950 viviendas, siendo más de la mitad objeto de algún régimen de protección, configurándose como uso característico el residencial y como usos complementarios servicios, comercial, dotaciones escolares, espacios libres y zonas verdes. En definitiva, una de las características esenciales de esta actuación urbanística radica en la formulación de un crecimiento urbano con usos mixtos, en el que junto con los usos residenciales confluyen usos comerciales, servicios, terciarios y de equipamiento.

Los objetivos marcados para este desarrollo son:

- Generar una oferta equilibrada con los desarrollos industriales y terciarios.
- Ofrecer un marco de uso residencial equilibrado al que podrá acceder la población joven.
- Aprovechar la fuerza del lugar, teniendo en cuenta que se encuentra rodeado del Parque Regional de Guadarrama y del Parque de Ocio y Nieva Madrid-Xanadú.

El ámbito de actuación cuenta con una superficie total de 167,5 hectáreas, de las cuales 120 corresponden al SAU-3 Ciudad Jardín y 47,5 hectáreas al SAU 5 Molino Perdido, siendo la totalidad de la superficie propiedad de ARPEGIO.

En concreto, el sector de planeamiento denominado SAU-3 Ciudad Jardín, se encuentra localizado al norte del casco urbano, a ambas márgenes de la nueva vía de acceso rodado a Arroyomolinos. Linda al norte con el suelo no urbanizable, al oeste con la carretera M-413, al sur con el arroyo de los Combros y al este con el SAU-5 Molino Perdido en suelo apto para urbanizar. Todo este sector constituye una única Área de Planeamiento objeto de desarrollo mediante Plan Parcial. Formalmente el Sector constituye un polígono discontinuo y totalmente irregular; formado por dos ámbitos, denominados Este y Oeste en el Plan Parcial, separados por el antiguo Cordel de Arroyomolinos (futuro vial-Bulevar, y sistema general del sector); de la superficie del sector, 47,29 Ha corresponden al ámbito Oeste y 59,15 al ámbito Este, a lo que hay que añadir 13,55 Ha de suelos adscritos a Sistemas Generales (nueva vial del Bulevar y zonas verdes y espacios libres).

²⁶ La capacidad residencial prevista con la Revisión de las NNSS de Arroyomolinos asciende a 10.200 viviendas, distribuidas en 1.500 viviendas en Áreas Planeamiento en Desarrollo (APD) y 8.700 viviendas en Sectores (SAU), de modo que la actuación Ciudad Jardín y Molino Perdido suponen más de una tercera parte del total de viviendas previstas.

En cuanto al SAU-5 Molino Perdido es un sector totalmente irregular que se localiza en la zona central del término municipal, cercano al núcleo urbano, al norte del arroyo de los Combros, y linda al oeste con el Suelo Apto para Urbanizar de los polígonos de El Rellano y Ciudad Jardín de Arroyomolinos, al sur con el polígono de C. Jardín y al este con el suelo rústico común. El sector cuenta con 46,44 Ha de superficie y tiene adscritos 1,06 Ha de sistemas generales, localizados al norte del mismo, cuyo propietario es también ARPEGIO, configurándose, por tanto, un Área de Reparto de 47,5 Ha de superficie total.

4.5. Ordenación prevista: superficies, usos, aprovechamientos, sistemas generales y cesiones²⁷

La ordenación prevista para estos dos sectores según el planeamiento es, sintéticamente, la que a continuación se expone:

4.5.1. Aprovechamiento del Suelo Apto para Urbanizar, Sector 3 Ciudad Jardín de Arroyomolinos

Aprovechamiento Tipo Sector: 0,3768 m² t/m²s

| APROVECHAMIENTO GLOBAL | |
|----------------------------------|--|
| Edif. sector con sistema general | 0,39 m ² t/m ² s |
| Superficie sector | 106,44 Ha |
| Superficie sist. general | 13,55 Ha |
| Superficie área reparto | 120,00 Ha |

| APROV. LUCRAT. | | | |
|---------------------|--------------------------------|----------------|--|
| USOS CARÁCTER. | M ² edificable | Coficiente uso | Aprovecham. total |
| Vivienda protegida | 149.400 m ² t | 0,8 | 119.520 m ² t/m ² s |
| Vivienda libre | 241.600 m ² t | 1 | 241.600 m ² t/m ² s |
| Comercial-terciario | 47.000 m ² t | 1,3 | 61.100 m ² t/m ² s |
| TOTAL | 468.000 m² t | | 452.220 m² t/m² s |

²⁷ Fuente de los cuadros expositivos: documento del Plan Parcial del SAU-3 y del SAU-5.

| CESIONES SUELO | SISTEMAS LOCALES | SISTEMA GENERAL |
|------------------------|------------------------------------|------------------------------------|
| <i>Usos públicos</i> | <i>Metros cuadrados</i> | <i>Metros cuadrados</i> |
| Zona verde pública | 106.445 m ² | 52.500 m ² |
| Equipamiento escolar | 48.000 m ² | — |
| Equipamiento deportivo | 24.000 m ² | — |
| Equipamiento social | 18.000 m ² | — |
| Viario | 278.211 m ² | 83.046 m ² |
| Total cesiones | 474.654 m ² 44,59% s/PP | 135.546 m ² 12,7% s/ PP |

4.5.2. Aprovechamiento del Suelo Apto para Urbanizar, Sector 5 Molino Perdido

Aprovechamiento Tipo Sector: 0,3138 m² t/m² s

| APROVECHAMIENTO GLOBAL | |
|----------------------------------|--|
| Edif. sector con sistema general | 0,33 m ² t/m ² s |
| Superficie sector | 46,43 Ha |
| Superficie sist. general | 1,06 Ha |
| Superficie área reparto | 47,50 Ha |

| APROV. LUCRAT. | | | |
|---------------------|---------------------------|----------------|---|
| USOS CARÁCTER. | M ² edificable | Coficiente uso | Aprovecham. total |
| Vivienda protegida | 42.750 m ² t | 0,8 | 34.200 m ² t/m ² s |
| Vivienda libre | 111.150 m ² t | 1 | 111.150 m ² t/m ² s |
| Comercial-terciario | 2.850 m ² t | 1,3 | 3.705 m ² t/m ² s |
| TOTAL | 156.750 m ² t | | 149.055 m ² t/m ² s |

| CESIONES SUELO | SISTEMAS LOCALES | SISTEMA GENERAL |
|------------------------|-----------------------------------|----------------------------------|
| <i>Usos públicos</i> | <i>Metros cuadrados</i> | <i>Metros cuadrados</i> |
| Zona verde pública | 172.121 m ² | — |
| Equipamiento escolar | 24.775 m ² | — |
| Equipamiento deportivo | 5.700 m ² | — |
| Equipamiento social | 3.800 m ² | — |
| Viario | 69.000 m ² | 10.643 m ² |
| Total cesiones | 275.396 m ² 59,3% s/PP | 10.643 m ² 2,3% s/ PP |

CUADRO DESCRIPTIVO DEL PROYECTO TOTAL

Fuente: ARPEGIO, S. A.

| USOS EDIFICABILIDAD | | SUPERFICIE SUELO | |
|---------------------|---------------|------------------|-----------------------------|
| Residencial | Unifamiliar | 877 VL | 291.617,64 m ² |
| 166.892,09 | | | |
| | Colectiva | 2.086 VP | 164.239,02 m ² |
| 211.000,81 | | | |
| | | 987 VL | 124.258,05 m ² |
| 136.935,70 | | | |
| Equipam. privado | | | 82.567,73 m ² |
| 86.845,70 | | | |
| Comercial terciario | | | 40.469,76 m ² |
| 28.187,91 | | | |
| Total usos privados | | | 703.152,20 m ² |
| 629.862,21 | | | |
| Espacios Libres | Zonas verdes | | 365.007,35 m ² |
| | Escolar | | 85.163,64 m ² |
| Equipamiento | | | |
| 102.196,00 | | | |
| | Cívico social | | 21.797,49 m ² |
| 26.156,00 | | | |
| | Deportivo | | 31.550,61 m ² |
| 37.860,00 | | | |
| Viario | | | 375.420,83 m ² |
| Total usos públicos | | | 878.939,92 m ² |
| 166.212,00 | | | |
| TOTAL | | | 1.582.092,12 m ² |
| 796.074,21 | | | |

4.6. Sistema de actuación y previsiones de ejecución

El sistema de actuación previsto para el desarrollo de los Sectores SAU-3 y del SAU-5 viene impuesto por el propio documento de Revisión de las Vigentes Normas Subsidiarias de Arroyomolinos, donde se establece que ambos sectores han de desarrollarse mediante el sistema de Compensación, dado que su gestión corresponde a la iniciativa privada.

Esta previsión de las NNSS supuso incorporar con carácter vinculante al desarrollo de los Planes Parciales el sistema de actuación contemplado en el Convenio Urbanístico suscrito entre el Ayuntamiento de Arroyomolinos y la propiedad del suelo (ARPEGIO), para garantizar el desarrollo del sector y asignar proporcionalmente al número de viviendas de los polígonos las cargas de los Sistemas Generales que precisaba el desarrollo de la UDE. Por otra parte, con este sistema de actuación se garantiza que los nuevos desarrollos urbanos amparados por el Plan Parcial se aborden con una financiación autónoma, sin carga alguna para la Hacienda Local.

En el caso del SAU-3 para el desarrollo del sector se propuso un único Polígono de Actuación —para que la urbanización del área fuera más ágil—, puesto que tanto con el nuevo acceso rodado que conlleva la ejecución de este sector como por su posición respecto al núcleo urbano de Arroyomolinos y a las áreas edificadas próximas, es un desarrollo estratégico para alcanzar la consolidación del nuevo modelo urbano que se propuso. Sin embargo, al ser un sector de grandes dimensiones y teniendo en cuenta que debe desarrollarse en conexión con sus redes viarias y de infraestructuras básicas y con las de los sectores colindantes, su desarrollo se llevará a cabo en dos etapas (así se estableció en las NNSS). De este modo, a efectos del desarrollo del planeamiento se consideró que debía redactarse, para toda el Área de Reparto, un único proyecto de reparcelación, que englobara los dos ámbitos —Este y Oeste— del sector junto con el suelo de sistemas generales previstos.

También se realizó un único Proyecto de Urbanización conjunto para los dos ámbitos señalados, pero teniendo en cuenta las dos fases previstas para la ejecución de las obras.

Las NNSS establecían los siguientes plazos para el desarrollo del sector:

| DESCRIPCIÓN | PLAZO (meses) | COMENTARIOS |
|--|---------------|-------------|
| Proyecto de Reparcelación: presentación al Ayto. desde Ap. definitiva del PP | 12 | |
| Proyecto de Urbanización: presentación al Ayto. desde Ap. definitiva PP | 36 | |
| Ejecución de las obras de urbanización interiores: (a contar desde aprobac. del proyecto de urbanización) | 36 | |
| Solicitud de recepción provisional de obras de urbanización (a contar desde aprobac. del proyecto de urbanización) | 48 | |
| Iniciación de la edificación (desde recepción provisional) | 2 | |

| DESCRIPCIÓN | PLAZOS |
|--|----------|
| Proyecto de Reparcelación: presentación al Ayto. desde Ap. definitiva del PP | 12 meses |
| Proyecto de Urbanización: presentación al Ayto. desde Ap. definitiva PP | 36 meses |
| Ejecución de las obras de urbanización interiores: (a contar desde aprobac. del proyecto de urbanización) | 36 meses |
| Solicitud de recepción provisional de obras de urbanización (a contar desde aprobac. del proyecto de urbanización) | 48 meses |
| Iniciación de la edificación (desde recepción provisional) | 2 meses |

En cuanto al SAU-5 Molino Perdido, la moderada dimensión del sector determinó que todo él se considerara un único polígono a efecto de desarrollo tanto en el Plan Parcial, como de los Proyectos de Compensación y de Urbanización.

Hay que tener en cuenta que se adscribe al sector un área de sistemas generales, denominada SO-5, de modo que el Área de Reparto —independiente del resto de polígonos y sectores del Suelo Apto para Urbanizar— está definida con ambos polígonos, el del Sector y el de los Sistemas Generales Adscritos (viario, de poco más de una hectárea que forma parte de la denominada Ronda Este que circunda todos los desarrollos residenciales previstos).

Teniendo en cuenta lo anterior, el Plan Parcial abarca la totalidad del Sector delimitado por las NNSS, también será único para todo el Plan el Proyecto de Urbanización y finalmente, el Proyecto de Reparcelación deberá dar cabida a los propietarios de suelo de Sistemas Generales (que también es Arpegio, lo que facilitará la gestión notablemente). Hay que destacar que el desarrollo de los Sistemas Generales se abordará a través de un Plan Especial (teniendo en cuenta que sólo una pequeña parte pertenece a la Ronda Este).

Como ya hemos adelantado anteriormente, el sistema de actuación previsto es el de ejecución directa mediante sistema de compensación del planeamiento y gestión del sector —uno de los cuatro sistemas de ejecución que señala el artículo 101 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid— correspondiente al Plan Parcial SAU-3 y 5, con la peculiaridad de que la gestión es directa por el único propietario del Suelo, ARPEGIO.

Es preciso tener en cuenta que el desarrollo y gestión concreta de los dos Sectores se ha realizado de conformidad con lo previsto en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de modo que hemos de referirnos a los artículos 104 y siguientes, donde se contempla escuetamente cómo se desarrolla este sistema de actuación.

En cuanto a la iniciativa, al tratarse de suelo urbanizable sectorizado, conforme al artículo 104, podrá ejercerse, una vez establecido dicho sistema por el planeamiento urbanístico o con ocasión de la delimitación de la unidad o unidades de ejecución correspondientes, durante el año siguiente a la publicación del acuerdo de aprobación definitiva del Plan General, por propietarios de terrenos incluidos en el ámbito de actuación, sector o la unidad de ejecución que representen al menos el 50 por 100 de la superficie total del ámbito de actuación, sector o de la unidad de ejecución, como sucede en el presente supuesto en que Arpegio es propietario de la totalidad del suelo.

La formalización de la iniciativa, se produce con los documentos que acrediten la representación del 50% de la superficie, Plan de Sectorización o Plan Parcial si son precisos, Proyecto de Urbanización y de Estatutos y Bases y acreditación de anuncio en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*. En cuanto al procedimiento para la aceptación de la iniciativa, es el previsto en el artículo 107, teniendo en cuenta que en este caso los instrumentos urbanísticos relativos a los Sectores SAU-3 Y SAU-5 ya han sido aprobados definitivamente por el Pleno del Ayuntamiento de Arroyomolinos (por Acuerdo de fecha 28 de abril de 2003, publicado en el *BOCAM* n.º 190, de 12 de agosto de 2003); en concreto se han aprobado definitivamente la iniciativa de ejecución, la aplicación del sistema de compensación, el proyecto de reparcelación, la ratificación del convenio urbanístico suscrito y el proyecto de urbanización.

Una vez aprobada definitivamente, la aplicación del sistema de compensación determina ex artículo 108, la asunción por los propietarios de la actividad de ejecución en los términos y condiciones en que haya quedado definido el sistema para su desarrollo bajo la dirección, supervisión, intervención y control de la Administración municipal y la obligación de la constitución de garantía de la correcta ejecución a favor del Municipio por importe mínimo del 10 por 100 del importe total previsto de las obras de urbanización con carácter previo al comienzo de éstas.

5. REFLEXIONES SOBRE LA ACTUACIÓN URBANÍSTICA

Esta actuación constituye una manifestación clara de las razones que justificaron la necesidad de creación de entes instrumentales suje-

tos bajo el régimen de Derecho privado donde, ponderando intereses públicos, se actuase con la máxima eficacia y eficiencia, permitiendo la dinamización en la ejecución del urbanismo. Es una operación caracterizada por su agilidad y por la cooperación interadministrativa, dejando operar a la iniciativa pública en la actividad económica-urbanística, acorde con el reconocimiento constitucional de los artículos 38 y 128.2 de la Constitución Española.

En palabras del profesor García de Enterría, al referirse a la creación de estos entes, era indispensable «huir de las reglas constrictivas de una gestión pública ordenada por el derecho administrativo y financiero. La fórmula señalada fue la creación por las Administraciones Públicas de las sociedades urbanísticas sometidas a un derecho especial. Se trataba con ello de eliminar las reglas de la contabilidad pública, de financiación de entidades locales, de contratación administrativa, de procedimiento administrativo, de funcionarios públicos, del sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, realizando sistemas de gestión empresarial».

En concreto, algunas de las conclusiones que podemos destacar de esta actuación son las siguientes:

— **La actuación a través de sociedades urbanísticas agiliza la ejecución de los proyectos;** es especialmente ventajosa como modelo de gestión para producir suelo urbanizado en aquellos supuestos en que la oferta es superior a la demanda real a corto plazo —como sucedía inicialmente en el municipio de Arroyomolinos—, es decir, actuaciones urbanísticas singulares contrarias a la «racionalidad» de los mercados especulativos, donde los productos no son demandados a corto plazo pero que son necesarios para el desarrollo de la ciudad²⁸, según el modelo previsto por el planeamiento.

— Otra de las cuestiones que merecen nuestra atención, es la relativa al **beneficio económico** obtenido, cuestión que es objeto de crítica desde el sector privado y que generalmente enlaza con argumentaciones ligadas a la ilicitud de prácticas colusorias y abuso de posiciones de predominio en el mercado por parte de las empresas públicas.

En una aproximación genérica a los posibles beneficios económicos obtenidos en la operación, resulta innegable que éstos son cuantiosos. Adviértase el incremento de valor de dichos terrenos desde el año 1998, con la compra por ARPEGIO de 400 Ha en Arroyomolinos, hasta la posterior reclasificación de los mismos —antes

²⁸ Vide. Consorcios Urbanísticos en la Comunidad de Madrid. Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

EL PROCESO DE REFORMA DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: UNA VISIÓN DE CONJUNTO

POR

FRANCISCO RACIONERO CARMONA

MAGISTRADO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS JUZGADOS CENTRALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: a) Creación y competencias. b) Fundamentación y crítica. c) Puesta en funcionamiento. III. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. a) El nuevo catálogo de penas privativas de libertad. b) El control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. IV. ATTRIBUCIONES COMPETENCIALES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. a) El marco general. b) La Ley Orgánica General Penitenciaria. c) La Ley Orgánica del Poder Judicial. d) El Código penal de 1995. e) La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, del Código penal. V. EL PROCEDIMIENTO ANTE LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA. a) El «estado de la cuestión». b) Los recursos. VI. LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL TERCER GRADO. VII. LA LIBERTAD CONDICIONAL Y SUS FORMAS ESPECIALES. a) Régimen jurídico anterior a la reforma. b) Concepto. c) Requisitos. d) Supuestos especiales de libertad condicional. e) Modificaciones introducidas por la LO 7/2003, VIII. LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS EN CENTRO PENITENCIARIO. La LO 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la LO 1/1979, General Penitenciaria.

I. INTRODUCCIÓN

Las páginas que siguen tienen como finalidad contemplar en su conjunto y de forma horizontal, el ímpetu reformador del legislador penal¹. Baste un solo ejemplo: **de junio de 1998 a noviembre de 2003 el CP se ha modificado dieciséis veces** y, además, amenaza-

¹ Y no sólo penal. Por ejemplo, la legislación de extranjería también ha sufrido el correspondiente embate. La LO 7/1985 fue sustituida por la LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; ésta fue ya modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; reforma a su vez reformada por las LO 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre (BOE de 21 de Noviembre). También como ejemplo, en un solo día, el 21 de mayo de 2003, y en un solo BOE, el de 22 de mayo, se han publicado cuatro leyes: Ley 11/2003, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y su complementaria, la LO 3/2003; Ley 12/2003, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo y su complementaria, la LO 4/2003. No deja de ser llamativo que se publiquen, a la vez, la norma y su complemento; lo que dice poco de la reflexión legislativa y mucho de la precipitación.

do² durante la redacción de estas líneas con otra reforma de envergadura, la conminación se ha consumado, de tal modo que el BOE de 26 de noviembre de 2003 ha publicado la **LO 15/2003, de 25 de noviembre**, que afecta a **ciento ochenta y seis artículos**³, tanto de la Parte General como de la Especial; y por si algo faltara, una nueva amenaza, ya casi consumada, se cierne sobre el texto que, aunque sólo afecta a **tres preceptos**, si pudiera no ser discutible su necesidad —no me corresponde enjuiciarla ahora—, sí lo es, y mucho, el procedimiento legislativo que se ha seguido^{4*}.

La oportunidad, y aún necesidad, de estas líneas, si es que las tienen, deviene, pues, de aquella pulsión reformista: en muy poco tiempo el ordenamiento penal se ha visto sometido al vendaval de la reforma, y no me atrevería a afirmar que lo haya sido con la debida prudencia; al menos, no en todos los casos. Antes bien, en ocasiones parece válida la anécdota de los dos carpinteros que, interpelados sobre su hacer, uno respondió «¿pues no lo ve?, clavando clavos», y el otro, que «haciendo un barco». Más parece que estamos más clavando clavos —dispersos, aquí y allá, incluso torcidos— que haciendo el buque. Modo de hacer que, en el ámbito del Derecho penal, *ultima ratio legis*, es peligrosísimo.

Con demasiada frecuencia —y ello es especialmente grave cuando de represión de conductas se trata, aunque sea rotundamente legítima— nos olvidamos de los requisitos de la ley, tan añejos como sólidos: clara, cierta *et scripta*. Desde antiguo sabemos, en fin, que las muchas leyes «oprimen al reino»⁵.

Pero, naturalmente, afrontar tan titánica tarea, además casi al hilo de las publicaciones en el BOE, excede con mucho las fuerzas —intelectuales, pero también físicas— de quien esto escribe. Y por ello me

² Con fecha 12 de noviembre de 2003 se publicó en el BOCG la aprobación definitiva del Proyecto de Ley tras su paso por el Senado.

³ Además de modificar la LECr. —por cierto, también los «juicios rápidos»— y el art. 20 de la L. Hipotecaria. El texto reformado del CP entrará en vigor el 1 de octubre de 2004, excepto las D.F. 1.ª a 4.ª, que lo harán el 27 de noviembre de 2003 y los artículos 259 a 261, que entrarán en vigor cuando lo haga la Ley Concursal.

⁴ Me refiero, claro es, al Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal (antes Proyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Arbitraje, por la que se modifica la LOPJ). BOCG, Senado, de 2 de Diciembre (enmiendas) y 5 de diciembre de 2003 (Dictamen de la Comisión). En la enmienda de adición n.º 4 se propone la inclusión de una Disposición Final nueva (que pasará a ser la Primera), que introduce tres nuevos artículos en el CP: **506 bis** —convocatoria de elecciones o consultas populares sin competencia para hacerlo—, **521 bis** —participación en aquellas como interventores— y **576 bis** —entrega de bienes o fondos públicos a partidos políticos ilegalizados.

⁵ Durante el proceso de elaboración de este número se ha aprobado la LO 19/2003, de 23 de diciembre de modificación de la LOPJ.

⁶ Véase el interesante trabajo «La seguridad jurídica y la abundancia de normas». J. L. Palma Fernández. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 1997.

ocuparé sólo de uno de los ámbitos afectados, el Derecho Penitenciario; para el cual, si de algún título puedo presumir, es haber sido Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) —esa función jurisdiccional tan mal conocida incluso entre las gentes de toga— durante cinco años. Pongámonos, pues, a ello.

II. LOS JUZGADOS CENTRALES DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

La **Ley Orgánica 5/2003**, de 27 de mayo, (BOE de 28 de mayo) ha modificado la estructura y planta de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, introduciendo una nueva clase de JVP que, a partir de su vigencia, son de dos clases:

1. Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.
2. Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria⁶.

a) Creación y competencias de los JCVP

Para su creación ha sido necesario modificar:

La **LOPJ** (arts. 65, 82, 94 y Disposición Adicional Quinta). Así:

- se atribuye a la Audiencia Nacional (AN) el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los JCVP (art. 65);
- se mantiene la competencia de las Audiencias Provinciales, naturalmente cuando no corresponda a la A.N. (art. 82.1.3.º);
- tienen jurisdicción en toda España y sede en la villa de Madrid;
- ostentan las competencias descritas en la LOGP y demás que señale la Ley en relación con los delitos cuyo enjuiciamiento es competencia de la AN y, en todo caso, su competencia es preferente y excluyente cuando el penado cumpla también otras condenas que no hubiesen sido impuestas por la AN (art. 94.4);
- por último, la Disposición Adicional Quinta. 4: las resoluciones del JCVP, en los términos que estudiaremos, son recurribles en apelación y queja, ante la Sala de lo Penal de la AN.

⁶ Esta diferencia de nomenclatura es ya común a toda la estructura judicial. Frente a órganos que solo convencionalmente podrían denominarse «ordinarios», han surgido otros específicamente relacionados con la Audiencia Nacional. Así, existen Juzgados Centrales de Instrucción, de lo Penal, de Menores y de lo Contencioso Administrativo, cuyos superiores jerárquicos son las respectivas Salas de la citada Audiencia.

La Ley Orgánica General Penitenciaria, cuyo artículo 76.2. h) se modifica en el sentido de que el JCVP puede delegar en el JVP del lugar en que radique el CP que ha de ser visitado.

En el Anexo X de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial se incluye un único JCVP, de «ámbito nacional».

b) Fundamentación y crítica

Es bien conocido que las leyes penales protegen aquellos bienes jurídicos —en su sentido más técnico— sin los cuales una sociedad no merece tal calificativo: será quizá una horda, pero no una estructura mínimamente articulada. Por ello, y porque someten a quienes las conculcan a las más severas restricciones de derechos, cualquier reforma, modificación o simple ajuste ha de hacerse desde el sosiego o, al menos, pero inexcusablemente, desde la contemplación de todo el fenómeno sobre el que se pretende actuar. No caben, pues, ni los atajos, ni la legislación motorizada a la que se refería C. Schmitt en el primer cuarto del siglo XX, ni la vacuidad ni, en fin, esa costumbre tan española de, ante un problema, hacer una ley y si se cumple, estupendo.

Pues bien, **en sí misma**, la creación de los JCVP no es, en mi opinión, discutible. Es una opción de política criminal tan legítima como lo es, para la instrucción y el enjuiciamiento de determinados delitos, la AN, sobre todo si se respeta su finalidad confesada en la Exposición de Motivos de la Ley.

La ejecución de las penas privativas de libertad y, por ende, su judicialización es parte importante del Derecho Penal. La esencial, me atrevería a afirmar, por cuanto no importa tanto la duración de la pena impuesta cuanto la forma en que se cumple y su duración efectiva por aplicación de la legislación penitenciaria; la batahola actual —reformas incesantes, y a veces solapadas, de toda la legislación penal— es manifestación rotunda de tal afirmación. Siendo, pues, materia sensible, de alta probabilidad de ignición, antes de adoptar cualquier medida normativa que le afecte, más aún, como es el caso, si se refiere a la de las penas impuestas por la AN dada la trascendencia de las conductas sancionadas, han de crearse, previamente, las condiciones mínimas precisas para evitar no ya su fracaso sino ni siquiera su inoperancia.

La Ley 5/2003 Orgánica ha supuesto la plasmación de lo que hasta el Proyecto de ley de que trae causa era sólo un rumor fruto a su vez de determinadas actuaciones de JVP relacionadas con la excarcelación de penados por delitos de terrorismo.

También la creación e introducción de «otra clase de jueces» en un sistema jurídico precisa, como si del arte de curar se tratara, del aná-

lisis integral de las patologías del enfermo y, en su caso, de cirugía de precisión, no vaya a ser que, pretendiendo sanar, el tratamiento de choque provoque el *exitus* de aquél; y todo ello sobre la aceptación —que también habría de ser objeto de comprobación cuidadosa— de que el enfermo lo es en verdad, de si en realidad los síntomas no pasan de ser un cuadro carencial susceptible de mejora simplemente con los aportes necesarios. Ciertamente son muchas las cuestiones, y aún inquietudes, que plantea esta Ley.

No es la mayor, en mi opinión, la **constitucionalidad de los JCVP**, que se ha cuestionado.

♦ Por lo que se refiere a la tan invocada **reinserción social del penado**, en tanto que ésta es solo una de las finalidades de la pena privativa de libertad, junto a la retención y custodia. En nada se opone a ella la introducción de una nueva clase de jueces encargados del control de la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas por un concreto órgano judicial —la tan citada Audiencia—; no puede ser tachada apodícticamente de inconstitucional; ni se afecta al delito ni a la pena ni, desde luego, por si sola prohíbe o limita la posibilidad de rehabilitación o reinserción ni su antecedente lógico-jurídico, el tratamiento, cuyo diseño en la LOGP se mantiene idéntico.

♦ Tampoco plantea mayores problemas a la **concepción misma de la pena privativa de libertad y del sistema penitenciario**. Tratamiento y rehabilitación se conservan inalterados para sus destinatarios.

El artículo 76 LOGP describe las distintas **competencias** de los JVP si bien alguna ha sido cercenada por decisión jurisprudencial. Pues bien, ¿en qué puede afectar, desde el punto de vista constitucional, que un permiso de salida lo autorice el JVP o el JCVP, o que uno u otro resuelva la petición, queja o recurso del penado, o provea sobre la clasificación... y así sucesivamente hasta agotar el listado del citado precepto?

♦ Ni siquiera el **criterio de proximidad a los CP** en relación con la exigida contemplación de la **subjetividad e individualidad del penado** para modular la ejecución de la pena —a efectos de tratamiento, clasificación, libertad condicional, permisos, etc.— incide sobre la constitucionalidad de los JCVP, sin perjuicio de lo que luego se dirá.

♦ Por último, y en relación con el **derecho fundamental al juez natural predeterminado por la ley** (art. 24.2 CE), los JCVP no ofrecen mayores dificultades que la propia AN y los Juzgados Centrales de Instrucción (JCI), cuya constitucionalidad ha sido expresamente declarada: prohibiéndose en la CE la existencia de Jueces *ad hoc*, exis-

ten sin embargo supuestos que, en relación con su naturaleza, con la materia sobre la que versan, por la amplitud del ámbito territorial en que se producen y por su trascendencia para el conjunto de la sociedad, pueden hacer llevar razonablemente al legislador a que la instrucción y enjuiciamiento de los mismos pueda llevarse a cabo por un órgano judicial centralizado, como el JCI y la AN, como ha reconocido la Comisión Europea de Derechos Humanos en su informe de 16 de octubre de 1986 (STC 199/87, de 16 de diciembre). Tanto el JCI como la AN son órganos judiciales ordinarios (SsTC 153/88, de 20 de julio; 56/90, de 29 de marzo). En relación precisamente al JCI, se ha dicho que la atribución a los Jueces Centrales de Instrucción de las causas de *Habeas Corpus* en materia de terrorismo, no supone un obstáculo al control judicial de esas detenciones (STC 153/88, de 20 de julio).

En definitiva, tan «juez» es el JVP como el JCVP y en ambos reside tanto la potestad de «hacer ejecutar lo juzgado», ex artículo 117 CE, como todo el Poder Judicial cuando dictan una resolución.

No es, por tanto, en el ámbito de la constitucionalidad donde debe situarse el debate sino en el de la **legalidad ordinaria**. Pero no, o no exclusivamente, como consecuencia de la creación de estos órganos judiciales sino desde el nacimiento mismo —en 1979 en la Ley y en 1981 en la acción— de la Jurisdicción especializada de vigilancia penitenciaria. Es necesario insistir, hasta el hastío si necesario fuere, en que, en otro alarde de imprevisión del legislador, la LOGP no reguló ni un solo aspecto procesal de la figura que novedosamente creaba. Ningún procedimiento se estableció para el discurrir de la actividad de los JVP, y ello en un país donde los procedimientos crecían como por ensalmo, de suerte que cada norma material se creía en la obligación de crear su propia norma adjetiva.

Pues bien, el legislador, seguramente por la premura en la promulgación de la Ley 5/2003, no ha considerado oportuno regular, de una vez, el procedimiento y sistema de recursos manteniendo no sólo la dicotomía competencial actual⁷, que estudiaremos con cuidado, sino, también, como criterio de atribución competencial a uno u otro órgano judicial la materia objeto de recurso. También nos ocuparemos de ello.

Los conflictos y disfunciones que la introducción del JCVP habrá de crear son de carácter más doméstico pero no por ello menos trascendentes.

⁷ Agravada, si ello fuere posible, por el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 2002, del que nos ocuparemos también.

Hemos dicho ya que el artículo 76 2 h) LOGP se modifica en el sentido que el JCVP podrá delegar en el JVP para las **visitas a los CP** que el precepto ordena. ¿Y para qué? Esta obligación del juez tiene una finalidad concreta —en realidad, dos—, no es un paseo turístico. En efecto, estas visitas, que constituyen no sólo una competencia sino, sobre todo, una obligación, a mi juicio, inexcusable, tienen un contenido o finalidad doble, conocer el estado de la prisión y de sus servicios y entrevistarse con los internos, escuchar sus quejas, peticiones —e incluso, a mi juicio, admitir la interposición de recursos— o denuncias, practicar pruebas y recibir declaraciones, etc.

Pues bien, ¿cómo va a ejercer el JCVP el primer aspecto de esta competencia-deber? y si en un alarde de perfeccionismo el JVP en quien delegue le remite un acta o informe del que deduce la necesidad de su intervención, ¿qué criterio va a prevalecer, si éste tiene un criterio distinto? y en el ámbito de las quejas, cuyo contenido, variedad, imaginación y multiplicidad sobradamente conoce cualquiera que haya tenido contacto con «lo penitenciario», ¿qué decisión se va a imponer, la del JCVP o la del JVP?

Y el segundo aspecto no es menor. Cuando el penado solicite una audiencia con el JCVP, ¿se le va a desplazar a Madrid, con los costes pero sobre todo riesgos inherentes a toda conducción? ¿o va a ser el JCVP el que se desplace, en constante peregrinar, a todos los CP en que residan penados sometidos a su jurisdicción? ¿o podrá también delegar a estos efectos en el JVP, limitándose a recibir el acta que éste, en su caso, le remita? ¿o solo a estos concretos penados se les va a exigir que formulen sus peticiones, quejas o recursos exclusivamente por escrito?

Desde otra perspectiva, si el Proyecto contemplaba la posibilidad de crear un solo JCVP, la Ley ha consumado la amenaza: finalmente, como hemos señalado, se ha optado por crear y poner en funcionamiento uno solo. ¿Acaso, sin haber sido descubierto aún, ha nacido ya, crecido y alcanzado la condición de Juez el superhombre nietzscheano?⁸ Si, como hemos visto, se trata de unificar criterios, ¿con quién lo hará?

De caer enfermo o disfrutar de licencia o permiso, ¿quién le sustituirá? Y desde otra perspectiva, tampoco de menor calado, ¿es conveniente crear la figura del «único», un orden jurisdiccional, aunque sea especializado en el seno de otro, integrado por una única persona? Sin mayores aclaraciones, es razonable pensar que no.

Un programa razonable y que aseguraría una mínima eficacia de este nuevo órgano de la Jurisdicción de VP debería haber sido, a mi juicio, el siguiente:

⁸ En enero de 2003 había 1.525 penados por la AN, repartidos en 77 CP.

- 1.º Promulgar la norma procesal reguladora de esta Jurisdicción⁹.
- 2.º Establecer las competencias de los JCVP por el sistema de lista cerrada¹⁰.
- 3.º En ningún caso, mantener un único Juzgado Central.

Respetando el contenido actual del artículo 76 LOGP y los criterios jurisprudenciales, sería posible residenciar en los JCVP las competencias descritas en los siguientes apartados del numeral 2 del precepto: **b) y c)** Libertad condicional e indulto particular, aclarando que la competencia se extiende a todas sus incidencias incluida la queja por falta de propuesta de la Junta de Tratamiento; **f)** La clasificación y todas sus incidencias incluida también la queja por la no elevación de propuesta por la Junta de Tratamiento a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIIPP); **g)** Las quejas exclusivamente referidas al tratamiento; **h)** Las visitas a los Centros al solo efecto de recibir en audiencia al penado dejando la necesidad o conveniencia de la misma a criterio del JCVP; **i)** Los permisos de salida, —incluyendo todas las formas de excarcelación temporal— cualquiera que sea su clase y duración; **j)** El paso del penado a régimen cerrado en tanto que forma parte indisoluble del *status* jurídico del penado.

Cabe, por último, plantear una cuestión que no es una obviedad pero que tiene algo de admonición. Y es la finalidad que se persigue —la que realmente se busca— con la creación de los JCVP. Confesadamente, en la Exposición de Motivos se alude a la desconexión entre las funciones de instrucción y enjuiciamiento (desempeñadas por la AN) y las de ejecución (por los actuales JVP), y a la disociación no deseada que menoscaba la eficacia general de la política criminal; en consecuencia, se crean estos órganos jurisdiccionales para **conseguir la unificación de criterios** en el ámbito y jurisdicción que es propia de la AN.

⁹ Existe ya un borrador que incluso fue aprobado como Proyecto de ley por el Consejo de Ministros de 4 de abril de 1997.

¹⁰ La referencia a la lista cerrada de competencias merece alguna aclaración. Es el único sistema que permite trazar una divisoria competencial clara, concreta y determinada entre ambas clases de JVP de tal manera que, legalmente, se agoten las posibilidades de conflicto entre ambos órganos judiciales eliminando las zonas de incertidumbre y de forma tal que ni por aproximación pueda colegirse una relación de dependencia entre uno y otro, ni orgánica ni funcional ni de ninguna clase. Dicho sistema no es, en absoluto, ajeno a nuestro Derecho incluso al más recientemente promulgado. La Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa —por cierto también en trance de reforma inminente— lo ha seguido también respecto de órganos jurisdiccionales unipersonales que ha introducido *ex novo*, los Juzgados de lo contencioso administrativo y centrales de lo contencioso administrativo, y los problemas competenciales que esta norma ha producido, que han sido muchos, no se han debido, desde luego, a este sistema.

Los JVP tienen carácter jurisdiccional —ya se ha dicho— y, por tanto, son **independientes**, inamovibles, responsables, **sometidos únicamente al imperio de la ley**, y tienen **competencia exclusiva y excluyente** en las materias que les son propias. Pero desempeñan una función extraordinariamente peculiar que se ve concernida por el proceso de toma de decisiones que, por su propia naturaleza, en muchas ocasiones son puramente voluntaristas. Y también lo van a ser las del JCVP; va a tener que desempeñar su función con las mismas dificultades de los JVP pero exacerbadas; la dialéctica *seguidismo* (de los criterios de la Administración Penitenciaria) *vs. irresponsabilidad*, las acusaciones, además multidireccionales, de simpatía o concomitancia con el delito, o la de colaborar en el desarme del Estado de Derecho, o de actuar al servicio del Gobierno y de su política represora o aún de exterminio, y otras muchas más, van a ser una constante. Frente a esto sólo cabe la razonable exigencia de que las leyes, que no las hacen los Jueces, cumplan su función: definir y encuadrar, con precisión y claridad, el ámbito de intervención de aquellos; y que las que se dicten son las que deberán, inexcusablemente, aplicar.

Por tanto, que el encargado de hacerlo —el legislador—, defina, pero de una vez por todas, el sistema penitenciario que queremos. Se critica a la cárcel, a su Administración y a la Jurisdicción encargada de su control de revanchista, de represora, de retributiva cuando no aplican todas las potencialidades rehabilitadoras del sistema penitenciario. Y esto va a ser aplicable también al JCVP. En resumen, el sistema penitenciario español está definido y el **equilibrio entre los derechos de sus destinatarios y los de quienes por ellos han sido ofendidos, a veces terriblemente, es posible**; se pueden **cohonestar los intereses implicados** y así se ha demostrado en las miles de decisiones adoptadas durante casi un cuarto de siglo. En este período se han cometido errores, muchos seguramente, pero no más que en cualquier otro ámbito, sea judicial o no. En todo caso, no justifican la derogación de aquél ni privar de esperanza a quien delinque. Y esto no debilita al Estado de Derecho sino que es, cabalmente, su expresión más genuina.

c) Puesta en funcionamiento

Una última cuestión sobre el JCVP no es posible hurtar aquí. Y es el modo en que ha sido designado su titular: **por designación directa del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) mediante Acuerdo de su Comisión Permanente de 29 de mayo de 2003** (BOE de 31 de mayo), atribuyendo las competencias al titular del ya existente Juzgado Central de Menores. Tal Acuerdo se fundamenta (¿?) en el art. 57

del Reglamento de Organización y Funcionamiento del CGPJ, de 22 de abril de 1986. Sin embargo, esa norma es puramente orgánica pues se refiere a que la Diputación Permanente puede resolver materia del pleno cuando, por razones de urgencia, éste no pueda reunirse. Pero sucede que en modo alguno el Pleno tiene competencias para designar al titular de un órgano jurisdiccional.

Esta designación, en mi criterio, conculca el derecho, que es fundamental ex artículo 24.2 CE, al juez ordinario predeterminado por la Ley. Los artículos 326 y 329 LOPJ determinan con claridad cuál es la forma de provisión de las plazas de la Carrera Judicial y, en concreto, de los Juzgados: por concurso a resolver por antigüedad.

III. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La Ley Orgánica 15/2003 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal, a que ya hemos hecho referencia, introduce importantes modificaciones:

a) *El catálogo de las penas privativas de libertad*, a tenor del artículo 35, es el siguiente: *prisión, localización permanente*¹¹ y *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*.

No está del todo clara la naturaleza de la nueva pena de *localización permanente*, que se reserva exclusivamente para las faltas. En la Exposición de Motivos y en el artículo 35 se define como la obligación de permanecer en el domicilio o en el lugar fijado por el Juez hasta un máximo de 12 días, con posibilidad de cumplirse en fines de semana o periodos no continuados. En todo caso, parece ser una mezcla entre el antiguo arresto domiciliario y el control a través de medios telemáticos¹² que se establece en la legislación penitenciaria para clasificados en tercer grado de tratamiento.

b) *El control de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad*, frente a lo que disponía el CP derogado, se atribuye a los JVP, correspondiendo a la Administración facilitar el listado de trabajos de «utilidad pública» susceptibles de ser realizados por los condenados a esta pena (art. 49 CP)¹³. Sí corresponde a los servicios

¹¹ Esta pena sustituye a la de arresto de fin de semana, que desaparece del elenco de penas del CP.

¹² Esta forma de control se regula por la Instrucción de la DGHPP 13/200, de 10 de diciembre.

¹³ No hubiera sido ocioso aclarar que la búsqueda de tales trabajos corresponde a las Administraciones Públicas en general y no sólo a la Penitenciaria; remitirse a «la Administración» sin mayor especificación puede interpretarse de modo que ha de ser exclusivamente la Penitenciaria la que se ocupe de esta tarea.

sociales penitenciarios controlar la incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, poner en conocimiento del JVP la ausencia durante dos jornadas y/o la falta de rendimiento.

IV. ATRIBUCIONES COMPETENCIALES DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Antes de comprobar las reformas ya vigentes o proyectadas conviene recordar las **competencias actualmente atribuidas** a estos órganos jurisdiccionales, que son las siguientes:

a) El marco general

Su competencia¹⁴ se circunscribe, en este marco, a:

1. *Control de legalidad de los actos de la Administración Penitenciaria.*
2. *Ejecución de las penas privativas de libertad.*
3. *Ejecución de las medidas de seguridad si bien en los peculiares términos, de los que no nos podemos ocupar aquí, del CP vigente.*

b) La LOGP les atribuye las siguientes:

1. Artículo 76, apartado primero

- ♦ *Atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta.*
- ♦ *Resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar la pena con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos.* Es ésta, sorprendentemente, una facultad inaplicada. En efecto, se trata del supuesto típico de una modificación legislativa que suponga la revisión de las condenas para hallar la ley más favorable. Pues bien, tal revisión, a pesar de la claridad del precepto la han venido realizando los Tribunales sentenciadores. Y más palmariamente, en el Derecho Transitorio del CP de 1995, se atribuyó esta facultad en contradicción flagrante con la LOGP, a dichos Tribunales. Otras posibles modificaciones de la pena, señaladamente la Libertad Condicio-

¹⁴ Conviene aclarar que la competencia de los JVP sólo se extiende en plenitud a los reclusos penados. Respecto de los detenidos y presos, alcanza exclusivamente a la materia de «régimen» (prestaciones y deberes de la Administración, comunicaciones, disciplina, etc.), dependiendo en lo demás (por ejemplo, permisos de salida) del órgano judicial de quien dependan.

nal y Redención de penas por el trabajo —en la medida en que esta institución continúa aplicándose a los ejecutoriados conforme al CP 73— sí son de la competencia de los JVP.

♦ *Salvaguardar los derechos de los internos.* Se refiere tanto a los Derechos Fundamentales no limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y el ordenamiento penitenciario (ex art. 25.2 CE), como a los ordinarios dispersos a todo lo largo y ancho de la LOGP y del RP.

♦ *Corrección de abusos y desviaciones* en el cumplimiento de preceptos reglamentarios. La corrección se limita a los abusos y desviaciones que puedan producirse en el régimen penitenciario. Por tanto, es una facultad amplísima pues el «régimen» es, nada menos, que el conjunto de normas que regulan la convivencia y custodia de los internos y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios, determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado. Es decir, comprende la organización general, trabajo, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, recompensas, permisos de salida, información, quejas y recursos, comunicaciones y visitas, asistencia religiosa e instrucción y educación. En resumen, el Título II de la LOGP.

Dentro de esta corrección, en fin, no se integra la *potestad disciplinaria* sobre los funcionarios de prisiones, expresamente excluida de la competencia de los JVP, y que corresponde ahora al Ministerio de Interior, a través de la DGIIPP, cuyas decisiones son controlables, claro es, por la jurisdicción contencioso-administrativa. Obviamente, si se trata de responsabilidad penal, corresponde a la jurisdicción penal ordinaria.

2. Artículo 76, apartado segundo

♦ Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, *asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.*

Esta cláusula, junto con los dos primeros párrafos del apartado primero, constituyen lo que era el JVP en la mente del legislador de 1979: un verdadero Juez de ejecución de la pena privativa de libertad, de tal modo que, y la dicción de la norma es literal, a efectos de la ejecución, aquél asume las funciones de los Tribunales sentenciadores, de todas, salvo la que por mandato expreso de la propia Ley se reserva a aquellos Tribunales: el licenciamiento definitivo —ex artículo 17.3 LOGP—. En efecto, no parece dudoso que el sentido gramatical

o letra de la ley es el medio interpretativo más inmediato, de tal modo que cuando aquellos son claros no hay necesidad de buscar más; por ello, desde antiguo la Jurisprudencia afirma que «no hay lugar a la interpretación cuando el precepto no ofrece duda (STS 19-11-1891, 6-11-1895, 8-5-1926), debiendo entenderse este aserto en el sentido de que «no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición» (STS 2-3-1908, 4-3-1929). Jurisprudencia que se ha mantenido hasta la actualidad: «es principio de Derecho que las leyes claras no son susceptibles de interpretación» (STS 25-9-1985), «A los Tribunales compete administrar Justicia, aplicando las normas del ordenamiento jurídico al que están sujetos y, por ello, cuando los términos de una norma sean totalmente claros y no dejen dudas sobre el contenido de aquélla, se estará a su sentido literal, no siéndole permitido a los Tribunales en tal caso modificar la norma, dando a lo en ella dispuesto un sentido y alcance distinto de lo que resulte de sus propios términos, al estar atribuida la modificación de una norma legal ... a otros poderes del Estado» (STS. 3.ª 17-10-1990). Pues bien, ya he citado literalmente la norma. No es extraño, pues, que el propio Tribunal Supremo calificase de «llano» que la competencia para aplicar una prisión preventiva a causa distinta, la aplicación del artículo 70.2 del CP de 1973 y otros temas similares corresponde a los JVP porque, además, exceden «de una ejecución concreta y se proyectan de manera multidireccional» (Auto TS 7-5-1991).

No es, sin embargo, ésta la tesis que ha prevalecido en la Jurisprudencia, ni siquiera en la del Tribunal Supremo a pesar de la resolución citada, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del artículo 76, que regula los límites máximos de cumplimiento. En el mismo sentido, la Fiscalía, que en la Consulta 3/89, de 12 de mayo, se pronunció también en contra del traspaso competencial de esta materia a los JVP, defiriéndose, por tanto, la competencia al último Tribunal sentenciador con fundamento, se dice, en el artículo 988 LECr. Se olvida, sin embargo, que la LOGP es, obviamente, *especial y posterior* a la Rituaria y, por tanto, conforme a lo ordenado por el artículo 2.2 del Código Civil las referencias que la ley procesal hace al Tribunal sentenciador han quedado derogadas por aquélla; es decir, que tanto dicho precepto como cualesquiera otros de la misma ley que atribuyan competencias ejecutorias de las penas privativas de libertad a los Tribunales sentenciadores (por ejemplo, artículos 9, 984 —en cuanto a la pena AFS—, 985, 986, el citado 988, 990 —en cuanto a la referencia al «Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia ...»—, 991 a 994, 997 y 998) han sido derogados.

En resumen, y aunque como digo no haya prevalecido esta opinión —erróneamente a mi juicio, tanto por mandato directo— artícu-

lo 76 LOGP—como por derogación implícita— ex artículo 2.2 C. Civil —la jurisdicción penitenciaria sustituyó en su integridad a la sentenciadora, salvo en el supuesto, ya citado, del licenciamiento definitivo.

Todo ello, naturalmente, *sin perjuicio de las modificaciones introducidas* a través del proceso de reforma, de las que nos ocuparemos ampliamente.

♦ *Aprobar —y revocar, suspender y ampliar— la Libertad Condicional* en sus cuatro variantes: normal (al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena), anticipada (a los dos tercios), a los septuagenarios y a los enfermos muy graves con padecimientos incurables (sin límite temporal en ambos casos).

♦ *Aprobar los beneficios penitenciarios* que supongan acortamiento de la condena, que no son otros, en la nueva regulación, que: 1. El adelantamiento de la Libertad Condicional, ya citada en el apartado anterior como una de las formas posibles de dicho instituto; y 2. El indulto particular, no en el sentido, obvio es decirlo, de que el JVP pueda concederlo directamente, sino en el de que puede tramitarlo conforme a las normas vigentes sobre el Derecho de Gracia, señaladamente la ya vetusta Ley de 18 de junio de 1970¹⁵.

♦ *Aprobar las sanciones de aislamiento en celda, superiores a catorce días.*

♦ *Resolver por vía de recurso (de reforma) las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, sin ulterior recurso ante la Audiencia Provincial, excepto las referidas en el apartado anterior —aislamiento en celda superior a catorce días.*

♦ *Resolver los recursos sobre clasificación inicial, progresiones y regresiones, sea en primero, segundo o tercer grado de tratamiento.*

♦ *Acordar lo que proceda sobre peticiones o quejas de los internos en relación con el régimen y tratamiento de preventivos —en el RP de 1981 los detenidos y presos estaban explícitamente excluidos del tratamiento— y penados en cuanto afecte a los derechos fundamentales, derechos penitenciarios ordinarios y beneficios¹⁶.*

¹⁵ Lamentablemente, el CP de 1995 y, por tanto, también el RP de 1996, ha suprimido el beneficio penitenciario —derecho, más bien— por excelencia: *la redención de penas por el trabajo*.

¹⁶ Ésta es la mayor fuente de conflicto en el estado de «paz armada» en el que perpetuamente viven los Centros y el JVP. En efecto, en la frase «acordar lo que proceda» cabe todo, desde ordenar que se ponga un espejo en una celda hasta cerrar un módulo entero de un Centro. Y naturalmente estas peticiones y quejas dan de sí cuanto puede hacerlo la imaginación humana. Ello exige por parte de los JVP elevadas dosis de prudencia y la plena asunción de que tienen competencia sobre algunas materias, pero no sobre todas las materias. En suma, y como ya dijimos, han de tener un cuidado exquisito y un alto grado de ponderación para no convertirse en los superdirectores de la prisión.

♦ *Realizar visitas¹⁷ a los Centros Penitenciarios.* La LECr. ya atribuía esta competencia a los órganos jurisdiccionales —así como su Estatuto a los fiscales (art. 4.2)—. En efecto, si bien el artículo 526 se refiere sólo a detenidos y presos —y no a penados—, el artículo 990 otorga a los Tribunales facultades de inspección «sobre la manera de cumplirse las penas», con lo que la norma cubre todo el espectro de personas ingresadas en CP. Sin embargo, lo cierto es que hasta la vigencia de la LOGP y la entrada en actividad de los JVP, la ejecución de la pena privativa de libertad estaba plenamente administrativizada y de ahí que pudiera hablarse, con razón, de la «fase administrativa de la individualización de la pena».

La competencia/obligación comentada no se extiende, por definición, a otros centros no penitenciarios, sean dependencias policiales o los **Centros de Internamiento de Extranjeros** a que se refieren los artículos 127 a 132 del RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000 —y también por la LO 14/2003—, cuyo carácter «no penitenciario» expresamente se predica hasta en tres ocasiones (art. 127. 1,3 y 7 RD 864/2001; en el mismo sentido, STC 115/1987). Estos centros están bajo la dirección y control del Ministerio del Interior «sin perjuicio de las facultades del Juez de Instrucción» que autorizó el internamiento; a este órgano judicial debe también informar la autoridad gubernativa de cualquier incidencia que surja durante la estancia del extranjero en el Centro e, incluso, a él pueden dirigir los internados «peticiones y quejas» (arts 127.6 y 128.1 del Reglamento); se convierte, pues, respecto de estos Centros de internamiento, en un «cuasi» JVP¹⁸.

♦ *Autorizar los permisos ordinarios de salida de duración superior a dos días a internos penados clasificados en segundo grado y los extraordinarios de los clasificados en primer grado.*

♦ *Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado.* Regulados en los artículos 89 y ss. del RP de 1996, son los de régimen más duro, correspondiendo a internos clasificados en primer grado.

¹⁷ Recuérdese lo dicho sobre esta tarea en relación con el JCVP.

¹⁸ La Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, también atribuye a los Juzgados de Instrucción que han autorizado el ingreso en los mismos la protección de los derechos fundamentales de los extranjeros (art. 2.2 y 33.3). Esta orden que, a pesar de ser, sin duda, bienvenida, plantea a mi juicio, múltiples problemas no sólo prácticos sino, sobre todo, de legalidad, merecería un análisis detallado; precisamente por regular Centros no penitenciarios excede, sin embargo, los límites de este trabajo. Recuérdese también, en relación con los internamientos de extranjeros, la LO 14/2003, que modifica la 4/2000, introduciendo cinco nuevos artículos, 62 bis a 62 sexies; no afectan, sin embargo al carácter no penitenciario de estos Centros.

♦ A estas competencias, hay que añadir la de *recoger el consentimiento del penado para cumplimiento en su país*, derivada del *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la asistencia de personas detenidas y al traslado de personas condenadas*, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997.

3. Artículo 77

Establece la posibilidad de que el JVP formule propuestas al órgano administrativo superior de dirección de las prisiones, la ya citada DGIIPP.

Estas propuestas pueden referirse a todas aquellas materias que, no siendo de la competencia de los JVP, pertenecen a la Administración Penitenciaria, es decir, organización, vigilancia, talleres, escuelas, asistencia médica y religiosa, etc. Ni que decir tiene que tales propuestas no son vinculantes para dicha Administración Pública.

c) La Ley Orgánica del Poder Judicial

Además de ratificar el carácter jurisdiccional de los JVP, el artículo 94 de esta norma solventa las dudas iniciales sobre la atribución a estos órganos también de la ejecución de las medidas de seguridad. Por lo demás, se limita a reiterar las competencias contenidas en la LOGP.

d) El Código Penal de 1995

El CP introdujo, como es sabido, una nueva pena, *el arresto de fin de semana*, con vocación de ser la pena reina de la delincuencia menor... y no tan menor (V., por ejemplo, art. 147.2, delito de lesiones). Pues bien, dada la velocidad vertiginosa con que se aprobaron, también entonces, las reformas, resulta que el desarrollo reglamentario de esta pena —y de la de trabajos en beneficio de la comunidad— se realizó fuera del RP, a través del inefable Real Decreto 690/1996, de 26 de abril. Pena ésta que, como ya hemos señalado, ha desaparecido del elenco de las penas privativas de libertad, siendo sustituida por la pena de *localización permanente*.

También realizó una importante atribución competencial, la contenida en el artículo 78, referida al denominado *cumplimiento íntegro de las penas*, que ha sido profundamente modificada por la **LO 7/2003**, que también ha alterado los **límites penológicos**¹⁹.

¹⁹ A tenor del artículo 76 CP reformado pasan a ser 20, 25, 30 y 40 años.

El artículo 78 del texto derogado atribuía a los JVP una competencia nada desdeñable: Si como consecuencia de los límites establecidos en el artículo 76 —a saber, 20, 25 o 30 años, o triple de la mayor pena impuesta, según los casos— la pena a cumplir resulta *menor que la mitad de la pena total impuesta*, el Tribunal sentenciador puede acordar que el cómputo del tiempo para disfrutar de los **beneficios penitenciarios** y de la **libertad condicional** se realice sobre la totalidad de aquella. Pues bien, en tal caso, el JVP puede acordar, valorando las circunstancias del penado y su evolución, que tal pronunciamiento quede sin efecto; es decir que el penado cumpla conforme al régimen general del artículo 76.

e) La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, del Código Penal

El CP 2003 introduce las siguientes **modificaciones competenciales**:

- En el **texto reformado del artículo 78** se amplía la incidencia de la limitación a los **permisos de salida** y a la **clasificación en tercer grado**. Y, además, la cláusula facultativa («... podrá acordar ...») se convierte en imperativa en los siguientes casos contemplados en el artículo 76.1:
- Condenado por dos o más delitos y **alguno de ellos** esté castigado con **prisión de hasta 20 años o superior a 20 años**.
- Condenado por dos o más delitos y al menos **dos de ellos** estén castigados con **prisión superior a 20 años**.
- Condenado por dos o más delitos tipificados en los artículos 571 a 580 del CP (**delitos de terrorismo**) y alguno de ellos esté castigado con **prisión de más de 20 años**.

Las facultades del JVP a este respecto quedan ahora establecidas así (art. 78.3 reformado): previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento, oídos el Ministerio Fiscal, la DGIIPP y las demás partes podrá ordenar el régimen general de cumplimiento —el del art. 76—; pero si se trata de *delitos de terrorismo* de la Sección segunda del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP —es decir, los regulados en los arts. 571 a 580 del CP vigente— o de *delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales*, dicho régimen general solo podrá aplicarse a la *clasificación en tercer grado*, cuando quede por cumplir una quinta parte de límite máximo de cumplimiento, y a la *libertad condicional*, cuando reste una octava parte.

- El artículo 58 atribuye al JVP —por fin— el abono del tiempo cumplido en prisión provisional a causa distinta a aquella en que se decretó.
- Igualmente, la suspensión de la ejecución de la condena y la adopción de las medidas de atención médica que procedan en caso de enajenación sobrevinida del penado (art. 60 CP).

Continúan, en fin, **excluidas** las siguientes competencias:

- ♦ El licenciamiento definitivo, a tenor del artículo 17 LOGP, que corresponde al Tribunal sentenciador.
- ♦ La liquidación de condena, que corresponde también al Tribunal sentenciador.
- ♦ La aplicación del artículo 76 CP, es decir la refundición de condenas, que corresponde, según la Jurisprudencia más reiterada, como dije, al último Tribunal sentenciador.
- ♦ La clasificación en grado de tratamiento, la clasificación de los internos en el interior del Establecimiento, los destinos y traslados de Centro, si bien en estas materias cabe recurso ante el JVP, si bien muy excepcionalmente en los traslados.
- ♦ Revisión de los actos de la Administración Penitenciaria no expresamente atribuidos a la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, que correspondería a la Contencioso-administrativa.
- ♦ Las cuestiones relativas a la «relación laboral especial penitenciaria», regulada pormenorizadamente en el RP (arts. 132 y ss. especialmente el 134.4 y 5), que corresponden a la Jurisdicción Social.

V. EL PROCEDIMIENTO ANTE LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

a) El «estado de la cuestión»

La historia del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (JVP) es la de una pasión inútil.

Como es sobradamente conocido, esta Jurisdicción, especializada dentro del orden penal, fue creada por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) —LO 1/79, de 26 de septiembre—, la cual, iniciando un largo camino de «desidia legislativa», dedicó sólo dos preceptos a esta cuestión que no por adjetiva resulta menos necesaria. Sobre todo considerando que la norma no sólo transformó radicalmente la ejecución de la pena privativa de libertad por excelencia —la de cárcel, por decirlo sin eufemismos— sino, lo que importa más, porque creó

nada menos que otra «clase de jueces», sin precedentes en nuestro ordenamiento. Así que, y por hacerlo breve, el procedimiento ante los JVP se ha alimentado —y continúa haciéndolo— de los siguientes nutrientes:

1. El artículo 24 de la Constitución (CE), naturalmente.
 2. Los artículos 50.2 y 78.1 de la LOGP.
 3. El también citado Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de julio de 1981.
 4. Las Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo, de 8 de octubre de 1981, cuya necesidad vino impuesta por «la inexistencia de unas normas generales expresas para la actuación del JVP» (que) «aunque pone de manifiesto graves deficiencias de coordinación legislativa y origina evidentes dificultades, debe ser superada a través de una adecuada integración del ordenamiento».
- Y así, estas prevenciones regularon, si bien solo indicativamente, el procedimiento, representación y defensa, auxilio judicial, plazos, recursos —en esta materia las prevenciones fueron desbordadas por cuanto atribuían la competencia a los tribunales sentenciadores—, forma de las resoluciones, intervención necesaria del Ministerio Fiscal y las visitas a los Centros penitenciarios.
5. La Disposición Adicional Quinta y el artículo 82.1.3.º LOPJ.
 6. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/ 1981 de 30 de diciembre, modificado recientemente por Ley 14/2003, de 26 de mayo; BOE de 27 de mayo), para justificar su actuación sistemática en los procedimientos de Vigilancia Penitenciaria pues, explícitamente, solo se exige su intervención en los recursos (cfra. D. A. 5.º 4 LOPJ), en las visitas a los Centros (art. 4.2 del Estatuto vigente) y, con carácter general, en la prevenciones, según se ha señalado más arriba.

7. Los acuerdos o conclusiones, denominados «Criterios de actuación», adoptados por los JVP en sus Reuniones, Jornadas, etc. Piénsese que ésta es la única Jurisdicción que se reúne con una periodicidad prácticamente anual, precisamente para encontrar fórmulas de solución comunes que palien la inevitable disparidad de criterios²⁰.

²⁰ Los problemas endémicos de falta de normas procesales y, en no pocas ocasiones, sustantivas, que acuciaron a esta jurisdicción desde su inicio llevaron a sus componentes a reunirse periódicamente, con vocación de anualidad aunque no se haya conseguido, para fijar una serie de criterios comunes, que impidiesen una interpretación normativa multiforme, de modo que el ejercicio de los derechos de los internos no fuese una suerte de «lotería» en función del órgano judicial que les correspondiese. La primera referencia de estas reuniones que he encontrado, sin embargo, es el Acuerdo del Pleno del CGPJ de 11 de noviembre de 1992 —se pospuso para esa fecha en otro anterior de 28 de octubre— por el que se aprueba la publicación de los acuerdos y criterios de actuación aprobados en la «VI

8. El *usus fori*.

Incluso deberíamos añadir otro apartado para incluir en él, como decíamos, la «imaginación» o «inventiva», más o menos brillante de los integrantes de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria.

Hasta las Leyes Orgánicas 5 y 7 del año 2003 —y, además, en los lamentables términos que veremos— ni una coma se ha añadido al corpus normativo.

Pues bien, los artículos 50.2 y 78.1 de la LOGP, se ocuparon de la cuestión, además, en términos que causan estupor: el primero, porque se remite a unos «recursos previstos en esta Ley»... y no prevé ninguno; el segundo porque se limita a remitirse, tan genérica como inútilmente, a «las leyes correspondientes». Ciertamente, los primeros JVP iniciaron la tarea más que ligeros de equipaje²¹.

Hubo que esperar, pues, hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) —mediaba ya el año 1985— para disponer del primer atisbo normativo procesal, si bien limitado exclusivamente a los recursos deducibles contra las resoluciones de los JVP; se regularon decididamente mal. En efecto, la fuente primordial del sistema de recursos en este ámbito ha sido —hasta las citadas Leyes Orgánicas 5 y 7/2003— la Disposición Adicional Quinta y el artículo 82.1.3.º, ambos de la LOPJ; naturalmente había que tener presente también la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La redacción originaria de la D. Adicional —pero también la actual por obra de la LO 5/2003— no sólo es ininteligible sino que ade-

Reunión de Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria», celebrada en mayo del mismo año. Otro acuerdo del Pleno, de 23 de febrero de 1994 aprobó los correspondientes a la VII Reunión, de septiembre de 1993. El mismo órgano aprobó, con fecha 22 de marzo de 1995, los correspondientes a la VIII Reunión, celebrada en noviembre de 1994. Se celebraron otras en 1996, 1997, 1998 y 2000, publicándose también los acuerdos y criterios adoptados. En la última, celebrada en enero de 2003, se han sometido a profunda revisión y están pendientes de publicación.

Naturalmente, tales criterios carecen de fuerza obligatoria ni a nadie vinculan, pero sí han servido —y sirven— a los Jueces de Vigilancia como una especie de «manual» al que acudir para la resolución de un problema concreto.

²¹ Merece la pena un brevísimo recordatorio del «alumbramiento» de estos primeros JVP, que sirva también para expresar mi reconocimiento a sus titulares. En efecto, por Acuerdo del CGPJ de 9 de julio de 1981 publicado en el BOE de 22.7.81 (otro inmediatamente posterior, de 22.7.1981, urgía a la escuela Judicial para la preparación de un «curso intensivo de formación para JVP durante el próximo mes de septiembre»), ratificado después por la Disposición Transitoria Vigésimo séptima de la LOPJ, doce Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social y cinco de 1.ª Instancia e Instrucción se convirtieron en Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Posteriores Acuerdos (de 26.10.83, 19.12.84, 29.5.85, 5.2.86, 22.2.89, etc.), la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, el RD 122/1989, de 3 de febrero, sobre medidas para la efectividad de la planta judicial y la Ley 3/1992, de 20 de marzo, sobre corrección de la Ley 38/1988, establecieron la planta de estos órganos jurisdiccionales. La Ley Orgánica 5/2003 ha modificado también la Ley de Planta, que queda fijada en 34 Juzgados, incluido el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

más es contradictoria con el precepto. En efecto, mientras que la primera, a efectos de recurso de Apelación, distingue entre materia de ejecución de penas y de régimen —lo que, por cierto, no es nada fácil— para atribuir la competencia al Tribunal sentenciador en el primer caso y a la Audiencia Provincial del lugar donde radique el Centro Penitenciario, el segundo, el artículo 82.1.3.º, al desgranar las competencias de la Audiencias Provinciales, establece que conocerán «de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los JVP en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento». ¿A qué norma obedecer? Los JVP en sus reuniones anuales optaron por dar preferencia al artículo 82 y, en consecuencia, por marginar totalmente al órgano sentenciador de los recursos contra sus decisiones, de suerte que sea cual fuere la materia sobre la que recaigan, la competencia vendrá siempre atribuida a la Audiencia Provincial del territorio en que está situado en establecimiento penitenciario.

Pero además la D. Adicional se refiere a un llamado «recurso de apelación» —que no es, claro, el que conocen las Audiencias— atribuido al JVP, que es absolutamente ajeno a nuestro Derecho positivo, pues no se conoce este recurso contra resoluciones administrativas y mucho menos una apelación posterior a otra apelación.

Y, por otro lado, la mención que se contiene en los apartados 2 y 3 al recurso de queja junto al de apelación («apelación y queja»; «apelación o queja»; noten la diferencia entre la copulativa y la disyuntiva) es superflua y, como tal, perturbadora pues, además de que es posible confundir este recurso de queja con las «quejas» que pueden interponer los internos, ex artículos 50.1 y 76.1.g) LOGP, estos dos recursos —apelación y queja *strictu sensu*— no caben indistinta o alternativamente. Sólo cabe el de apelación, estando reservado el de queja exclusivamente para los casos en que no se admita aquella —D. Adicional 5.ª.4.

Dije al principio que el proceso ha sido una pasión inútil de los JVP. Y es verdad, porque no han sido pocos los requerimientos que se han realizado a la «autoridad competente». En efecto, ya el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su sesión 18 de noviembre de 1981, acordó delegar en la Comisión Legislativa para elaborar el informe al Anteproyecto de Decreto Ley sobre actuación de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. En la sesión de 23 de enero de 1985, el mismo órgano aprobó la moción presidencial sobre elaboración de una iniciativa para esta regulación procesal. Y en la de 22 de marzo de 1995, aprobó «hacer presente al Ministerio de Justicia e Interior la necesidad de aprobar una Ley reguladora del procedimiento de Vigilancia». Y ni que decir tiene que todas las Reuniones de los JVP, formal o informalmente, concluyen como lo hacía Catón el Viejo en

todos sus discursos —que tratasen de lo que tratasen siempre terminaba con la referencia a la destrucción de Cartago— con la petición de que se dicte la norma correspondiente.

Por último, hubo un intento de regulación que casi alcanzó el éxito. A mediados del año 1996, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia encargó a una comisión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, la redacción de un Borrador de Ley de Procedimiento para el ejercicio de las competencias y formulación de peticiones ante los JVP. Redactado el mismo —sobre la base de un texto completo redactado por uno de sus miembros— se pasó a informe de los Ministerios del Interior, de Administraciones Públicas y de Hacienda, del Consejo General del Poder Judicial y de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. También la Fiscalía del Tribunal Superior y el Colegio de Abogados, ambos de Madrid, emitieron los suyos.

Cada uno de tales informes fue, a su vez, estudiado por los miembros de la Comisión, emitiendo los comentarios que parecieron oportunos, dando lugar a las sucesivas versiones del texto, seis que yo tengo constancia (15 y 28 de octubre, 1 y 20 de diciembre de 1996, y 10 de marzo y 1 de abril de 1997).

Finalmente, fue aprobado el 4 de abril de 1997 por el Consejo de Ministros e inició la tramitación parlamentaria, como Proyecto de Ley, habiéndose presentado, incluso, las correspondientes enmiendas por los Grupos Parlamentarios. En efecto se presentaron 196 por los Grupos Popular, Socialista, Izquierda Unida, Partido Nacionalista Vasco, Convergencia i Unió, Coalición Canaria y un Diputado por La Coruña, cuya adscripción no consta. En ese momento la tramitación quedó interrumpida y así sigue hasta hoy.

b) Los recursos

Constante, pues, la ausencia de normas procesales, el proceso de reforma ha alcanzado solo —y mal, como veremos— a los recursos. También ahora conviene recordar el **sistema anterior del modo en que se venían formulando en la práctica**, ante los JVP y Audiencias, y que era razonablemente admitido por todos los agentes jurídicos, es el que a continuación se expone²².

²² Ello no implica que no haya existido, exista, algún órgano judicial que no haya seguido este esquema. Por ejemplo, la Audiencia de Toledo, en Auto de 2 de marzo de 1994, desestimó un recurso de Apelación contra una resolución del JVP, entendiendo que este órgano es ya la segunda instancia; ignoro, sin embargo, si este órgano mantiene tan peculiar criterio.

a) Contra resoluciones judiciales recaídas ante peticiones o quejas directamente formuladas ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria o que aprueben o desapruében propuestas o actos de la administración penitenciaria.

Ante cualquier petición o queja —en el sentido de la LOGP—, formulada directamente ante el JVP y en aquellos casos en que dicho órgano aprueba una propuesta del Centro Penitenciario —por ej. permisos de salida, libertad condicional, acumulación de condenas del art. 193 del RP, aplicación del art. 10 de la LOGP, sanción de más de catorce días de aislamiento en celda— la resolución del JVP es recurrible en *Reforma* y después en *Apelación* —o de queja, si el Juez inadmite la apelación— ante la Audiencia del Territorio²³.

La segunda es si este recurso ha de admitirse en uno o en ambos efectos. La cuestión, para variar, no está resuelta en la ley²⁴. Y, por tanto, de nuevo han sido los propios JVP quienes han decidido que debe admitirse en un solo efecto con excepción de los casos en que la inmediata ejecución de lo resuelto prive de virtualidad al recurso o pueda distorsionar una línea de tratamiento. En definitiva, que se confía al buen criterio del Juez la admisión en uno o en ambos efectos.

b) Contra resoluciones de la Administración penitenciaria

Contra cualquier acto o decisión de la administración penitenciaria —por ej. clasificación, denegación de permisos de salida, etc.— cabe que el interno recurra en *Alzada* ante el JVP —que era terminología netamente administrativa, procedente de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, derogada por la LRJAPPAC (Ley 30/1992), ya modificada por Ley 4/1999, de 13 de diciembre²⁵. Después en *Reforma* y, por último, en *Apelación* ante la Audiencia del territorio.

En materia sancionadora, sin embargo, sólo caben los recursos de *Alzada* y posterior *Reforma*. No cabe recurso de *Apelación*, salvo que la sanción impuesta sea de aislamiento en celda por tiempo superior a catorce días. Esta sanción requiere la aprobación del JVP y, por ello,

²³ Las dudas que planteaba el recurso de *Apelación* respecto del trámite a seguir, si el del artículo 223 y ss. de la LEC: —procedimiento ordinario— o el del artículo 787 de la misma Ley —procedimiento abreviado—, ha que dado resuelto por la LO 5/2003 que opta por este último procedimiento (D A 5.º 8).

²⁴ A salvo lo dispuesto en la D A 5.º 5 redactada por LO 7/2003, cuyo contenido se transcribe a seguido.

²⁵ La Ley 30/1992, en su redacción originaria, sustituyó la denominación de «recurso de alzada» por la de «recurso ordinario»; la Ley 4/1999 ha devuelto a este recurso su denominación originaria.

es éste el que sanciona en primera instancia y no la administración penitenciaria.

c) En materia de aplicación del artículo 76 del CP, cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, a tenor del artículo 988 LECr. Hasta aquí el sistema general de recursos que venía siendo aplicado en la práctica por los operadores jurídicos.

a) El sistema descrito se vio alterado, en primer lugar, por el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo celebrado el 28 de junio de 2002²⁶ que adoptó, entre otros, el siguiente Acuerdo:

SEGUNDO: Progresión al tercer grado de tratamiento con criterio favorable al otorgamiento de la libertad condicional, interpretación del artículo 82.1.3.º de la LOPJ (en su redacción actual procedente de la LO 7/1988, de 28 de diciembre) en relación con la Disposición Adicional Quinta, apartado 2, de la misma LOPJ y el artículo 72.1.º de la Ley (Orgánica) General Penitenciaria.

ACUERDO: «LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA RELATIVAS A LA CLASIFICACION DE LOS PENADOS SON RECURRIBLES EN APELACION (Y QUEJA) ANTE EL TRIBUNAL SENTENCIADOR ENCARGADO DE LA EJECUCION DE LA CONDENA».

b) Las ya citadas LO 5 y 7/2003, que bien podrían haberse aprovechado para, de una vez, regular el procedimiento y los recursos, no solo no lo han hecho sino que no se ocupan en absoluto del primero y mantienen la regulación²⁷ de los segundos al haberse limitado a introducir algunas modificaciones en la tan citada DA 5.ª de la LOPJ; situación que se ha visto complicada aún más, si ello fuera posible, por la creación de los JCVP analizados páginas atrás.

a) Así, la Disposición ha quedado redactada por la LO 5/2003 en los siguientes términos:

1. El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

²⁶ Con posterioridad, pero inmediatamente, el TS dictó la Sentencia de 9.7.2002 siguiendo, claro es, el mismo criterio, que ha sido adoptado ya por la AP de Madrid —v., por ejemplo, Autos de 17.10. y de 6.11.2002— y también por la de Sevilla —Auto de 30.10.2002.

²⁷ Incluida la referencia al «recurso de apelación contra resolución administrativa» criticado más atrás.

2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas²⁸ serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.

En el caso de que el penado se halle cumpliendo varias penas, la competencia para resolver el recurso corresponderá al juzgado o tribunal que haya impuesto la pena privativa de libertad más grave, y en el supuesto de que coincida que varios juzgados o tribunales hubieran impuesto pena de igual gravedad, la competencia corresponderá al que de ellos la hubiera impuesto en último lugar²⁹.

3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.

4. El recurso de queja a que se refieren los apartados anteriores sólo podrá interponerse contra las resoluciones en que se deniegue la admisión de un recurso de apelación.

5. Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

6. Contra el auto por el que se determine el máximo de cumplimiento o se deniegue su fijación, cabrá recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

7. Contra los autos de las Audiencias Provinciales y, en su caso, de la Audiencia Nacional, resolviendo recursos de apelación, que no sean

²⁸ Materia que comprende la clasificación.

²⁹ Este segundo párrafo es una novedad introducida por la Ley para resolver las críticas que inmediatamente se hicieron al criterio del TS ya comentado.

susceptibles de casación ordinaria, podrán interponer, el Ministerio Fiscal y el letrado del penado, **recurso de casación para la unificación de doctrina** ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo; el cual se sustanciará conforme a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el recurso de casación ordinaria, con las particularidades que de su finalidad se deriven. Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

8. El recurso de apelación a que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el **procedimiento abreviado**³⁰. Estarán legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal y el interno o liberado condicional. En el recurso de apelación será necesaria la defensa de letrado y, si no se designa procurador, el abogado tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido. En todo caso, debe quedar garantizado siempre el derecho a la defensa de los internos en sus reclamaciones judiciales.

9. En aquellas Audiencias donde haya más de una sección, mediante las normas de reparto, se atribuirá el conocimiento de los recursos que les correspondan según esta disposición, con carácter exclusivo, a una o dos secciones.

b) Por su parte la LO 7/2003 ha establecido:

Uno. Se añade un nuevo apartado 5 a la DA 5.ª de la LO 6/1985, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

Quando la resolución objeto del recurso de apelación se refiere a **materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno**, siempre y cuando se trate de **delitos graves**, el recurso tendrá **efecto suspensivo** que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la AP o la AN se haya pronunciado sobre la suspensión. Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.

Dos. El actual apartado 5 de la DA 5.ª pasará a ser el apartado 6³¹.

³⁰ Naturalmente el regulado para la apelación de Autos, artículo 766 LECr., reformado por Ley 38/2002.

³¹ El redactor parece no haber caído en la cuenta de que la DA, por obra de la LO 5/2003, ya ya por los 9 apartados. De donde parece deducirse que a partir del numeral 5 todos los apartados sufren la variación del número; así, si el 5 de la LO 5/2003 se convierte en el 6, éste lo será en el 7, y así sucesivamente.

El cuadro general de Recursos queda, pues, como sigue:

1.º RECURSO DE REFORMA ante el mismo JVP contra todas sus resoluciones.

2.º RECURSO DE APELACIÓN, siguiendo las normas del procedimiento abreviado de la LECr., y de queja para el supuesto de inadmisión de aquélla:

a) Ante el Tribunal sentenciador:

— materia de ejecución de penas, incluida la clasificación.

b) Ante la Audiencia Provincial del territorio donde se halle ubicado el CP:

— materia de régimen penitenciario.

c) Ante la Audiencia Nacional.

— materia de ejecución de penas y de régimen penitenciario.

En cualquiera de los tres supuestos, el recurso de Apelación, que será siempre de **tramitación preferente y urgente**, se admitirá en **ambos efectos** si se refiere a las materias de clasificación y libertad condicional que puedan lugar a la excarcelación³², si se trata de delitos graves, manteniéndose el penado en prisión hasta la resolución del recurso o el pronunciamiento del correspondiente Tribunal sobre la suspensión.

3.º RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo:

— materia de límite máximo de cumplimiento.

4.º RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA ante el Tribunal Supremo.

VI. LA CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA. ESPECIAL REFERENCIA AL TERCER GRADO

Una aclaración sobre este concepto. De la clasificación, en un grado u otro, depende nada menos que el régimen de vida a que el interno va a estar sometido durante su condena, más o menos restrictivo, con posibilidad de ejercicio de más o menos derechos; es decir,

³² Obsérvese que esta referencia a la excarcelación debería haberse incluido a continuación de la clasificación supuesto que la libertad condicional la supone siempre.

«cómo vive» el interno dependerá del grado en que se le clasifique. Con dos precisiones: la primera, para recordar que sólo se clasifica a los internos ya *penados*, no a los detenidos ni a los preventivos; la segunda, que nuestro sistema penitenciario, denominado de «*individualización científica*», no es «progresivo» —cumplimiento por fases sucesivas de cumplimiento necesario— sino que es posible ser clasificado inicialmente en cualquiera de los tres primeros grados³³—no en el cuarto, o libertad condicional— y recorrer toda la escala hacia arriba —progresión— o hacia abajo —regresión— e, incluso, cumplir toda la condena en el mismo grado.

a) Criterios

Para determinar el grado en que se ha de clasificar a un penado, el RP establece una serie de criterios de cuya concurrencia depende el otorgamiento de uno u otro. Se fijan en el artículo 102.2 y son los siguientes:

- ♦ personalidad;
- ♦ historial individual, familiar, social y delictivo;
- ♦ duración de las penas;
- ♦ medio social del recluso;
- ♦ recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso.

No alude aquí el RP al delito o delitos cometidos, pero éste, desde luego es importante —jurídica y por supuesto prácticamente—, aunque no decisivo, en trance de clasificación, por la simple razón de que no todos los delitos son iguales, ni tienen el mismo reproche social, ni revelan un mismo nivel de criminalidad o peligrosidad. Debe considerarse, pues, incluido en el criterio referente a la duración de las penas.

b) *Órgano competente*. Para la propuesta, lo es la Junta de Tratamiento del Centro donde se encuentre el interno. Para la decisión final, la DGIP. Contra este acuerdo, como vimos, cabe recurso ante el JVP, de alzada y reforma, y ulterior de apelación ante el Tribunal sentenciador, según analizamos más atrás.

c) *Grados de clasificación*. Son cuatro: primero, segundo, tercero y cuarto o libertad condicional, si bien el CP de 1995 califica esta últi-

³³ El cumplimiento de una cuarta parte de la condena a que se refiere el artículo 104.3 RP para la clasificación en tercer grado no es obligatorio si se cumplen las condiciones que el precepto regula.

ma institución, erróneamente a mi juicio, como una forma de sustitución de la pena.

Primer grado

El más restrictivo, el que supone mayores limitaciones en la vida de los internos. Aun cuando toda la materia de clasificación se confía al reglamento, este grado, y el régimen que le es aplicable, precisamente por su dureza, tiene apoyatura legal, concretamente en el artículo 10 LOGP.

Las circunstancias que determinan su aplicación vienen taxativamente descritas en el artículo 102.5: la peligrosidad extrema y la inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, es decir, a los regímenes ordinario y abierto.

A todos lo así clasificados les corresponde la aplicación de las normas de **Régimen cerrado**, contenidas en los artículos 89 a 95 RP, que contemplan dos modalidades: *Régimen cerrado strictu sensu*, para aquellos internos que muestren una manifiesta adaptación a los regímenes penitenciarios comunes —ordinario y abierto— y *Departamento especial*, para aquellos que hayan participado en alteraciones regiminales muy graves que pongan de manifiesto una peligrosidad extrema.

Las consecuencias que se derivan para el interno de la asignación de una u otra modalidad de régimen cerrado están reguladas respectivamente en los artículos 94 (régimen cerrado) y 93 (departamento especial) y se refieren al número de horas de patio, cacheos y registros, número máximo de internos que pueden participar en las actividades programadas, etc.

Dada la dureza de este régimen penitenciario, el traslado de un interno a cualquiera de las dos modalidades exige ponerlo en conocimiento del JVP que, naturalmente puede revocar el traslado si lo considera no ajustado a derecho, tanto de oficio como por recurso del interno.

Segundo Grado

Es el sistema común, donde se integra el grueso de la población reclusa. En realidad puede definirse por exclusión: se clasifica en segundo grado a quien no reúne las características del primero ni está en condiciones de disfrutar de la semilibertad que supone el tercero.

Los así clasificados se rigen por las normas del **Régimen ordinario regulado** en los artículos 76 a 79 RP.

Tercer grado

Supone para el penado una situación de semilibertad. Se corresponde con el **Régimen abierto** (arts. 80 a 88 RP). Tiene, como el cerrado, dos modalidades: *Régimen abierto general* (arts. 81.1 y 83) que, a su vez, puede revestir distintas modalidades (art. 84) y básicamente consiste en dormir cinco días a la semana en el Centro. Los así clasificados tienen derecho a permisos de salida de fin de semana, además de los ordinarios; y *Régimen abierto restringido* (art. 82) que se caracteriza por la restricción de salidas al exterior y mayores controles durante las mismas. Estos internos pueden no tener permisos de fin de semana.

Aunque el RP solo se refiere formalmente a estas dos modalidades, «desliza» otra en el **artículo 86**, dedicado a las salidas del establecimiento, que es, en mi opinión, intolerable. En efecto, prevé la norma en su ordinal 4 —y, como señalamos más atrás, la aplicación y uso de tales «dispositivos telemáticos» está regulada por la Instrucción 13/2001 de la DGIIPP— que, en general, los clasificados en tercer grado deben permanecer en el centro como mínimo ocho horas y, además, pernoctar en el establecimiento, «salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales». Supone, pues, sencillamente, el cumplimiento de la pena fuera de la cárcel y sin control judicial.

Pues bien, la **LO 7/2003** ha modificado decididamente, endureciéndolas, las condiciones para acceder al tercer grado.

a) El **artículo 36.2 CP reformado** fija, con carácter general, el **cumplimiento de la mitad de la condena**³⁴ como límite mínimo a partir del cual el penado puede ser clasificado en tercer grado si la pena impuesta fue superior a cinco años.

No obstante, el JVP puede acordar «razonadamente» el régimen general de cumplimiento, es decir, clasificar al penado en tal grado sin ese requisito, con las siguientes condiciones:

- Pronóstico individualizado y favorable de reinserción social.
- Valoración las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador.

³⁴ La exigencia de un período de cumplimiento obligatorio y previo a la clasificación en tercer grado se conoce con la denominación de «período de seguridad».

— Audiencia obligatoria del Ministerio Fiscal, de la DGIIPP y de las demás partes

De esta posibilidad quedan **excluidos** en todo caso los penados por delitos de terrorismo y cometidos en el seno de organizaciones terroristas.

El artículo 36.2 que acabamos de describir ha planteado ya un grave problema interpretativo. La Instrucción de la DGIIPP 9/2003, de 25 de julio, ordena a las Juntas de tratamiento que apliquen esta norma —cumplimiento de la mitad de la condena— **incluso a los penados que estén cumpliendo pena** y que, naturalmente, no estén ya clasificados en tercer grado. Con lo que se impone la **aplicación retroactiva de una norma desfavorable**, absolutamente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico: artículo 9.3 CE que establece que:

«La Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales...»; con mayor rotundidad y claridad, el artículo 2.3 del Código Civil afirma el principio general de irretroactividad de las normas salvo que la propia ley disponga lo contrario, y, en fin, el Código Penal sienta nítidamente también el principio de irretroactividad de la Ley penal —artículos 1, 2 y 3.

Es cierto que la **Disposición Transitoria única** de la ley que comentamos establece su retroactividad, pero ésta es parcial, referida, exclusivamente a los artículos. 90 y 93.2 CP —que se refieren a la libertad condicional— y a los artículos. 72.5 y 6 LOGP —que lo hacen a la clasificación en tercer grado— **pero no se incluye el artículo 36.2** que es al que se refiere la mentada Instrucción. Argumento que se refuerza con la lectura de la Exposición de motivos de la ley, que actúa como interpretación auténtica del legislador: En el apartado I se hace constar: «Consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de **seguridad jurídica** que rige nuestro ordenamiento, es el derecho del ciudadano a conocer **con certeza** cuál es la forma en que se le van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, **en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta**»; y resulta evidente que quien cumple ahora condena desconocía absolutamente que para acceder al tercer grado, se le iba a exigir el citado período de seguridad.

Hay que concluir, pues, tajantemente en mi opinión, que no cabe la aplicación retroactiva del reiterado precepto, que no puede exigirse el cumplimiento de la mitad de la condena a aquellos condenados ya a pena superior a cinco para acceder al tercer grado y que, por tanto la Instrucción es nula absolutamente en este particular³⁵.

³⁵ Y ello no obstante el criterio del CGPJ —contenido en su informe preceptivo del Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las

b) La LO 7/2003 ha modificado también el artículo 72 de la LOGP³⁶ añadiéndole dos numerales, 5 y 6, e introduciendo otro requisito más a la **clasificación o progresión a tercer grado** de tratamiento, y es la **satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito** si bien, en orden a determinar el cumplimiento del mismo, deberán valorarse y deberá tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:

- la **conducta** observada por el condenado para **restituir** lo sustraído, **reparar** el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales;
- las **condiciones** personales y patrimoniales del culpable para valorar su capacidad real presente y futura **para satisfacer esa responsabilidad**;
- las **garantías** que permitan asegurar la satisfacción futura;
- el **enriquecimiento** obtenido por el condenado a causa del delito;
- el **daño o entorpecimiento para el servicio público**;
- naturaleza de los **daños y perjuicios** causados;
- número y condición de los **perjudicados**.

La satisfacción de la responsabilidad civil es, en los términos señalados, un requisito genérico para acceder al tercer grado. Sin embargo, el numeral 2 del precepto ordena que se aplicará «**singularmente**»³⁷ a los condenados por los siguientes delitos:

- Contra el patrimonio y el orden socioeconómico que hubieren revestido especial gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- Contra los derechos de los trabajadores.
- Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.
- Contra la Administración Pública de los artículos 419 a 445 CP (cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función).

penas, que dio lugar a la comentada LO 7/2003— que distingue, a estos efectos, entre retroactividad auténtica y retroactividad impropia; v. «Informes del CGPJ sobre las Reformas Penales», CGPJ, Madrid 2003.

³⁶ Esta norma sí se contempla en la Disposición transitoria única y, por tanto, cabe su aplicación quienes ya cumplen condena.

³⁷ Ciertamente es difícil interpretar esta expresión legal: o se aplica a todos los delitos o a ninguno; habrá, pues, que esperar a las resoluciones de la Jurisdicción de VP para conocer el alcance de la laxitud interpretativa de este requisito para los delitos a los que no se aplique «singularmente». A la vez, es preocupante el abuso de los «conceptos jurídicos indeterminados» en la descripción de los tipos penales.

Además, el numeral 6 del mismo precepto (art. 72 LOGP) añade más requisitos para **clasificación en o progresión a tercer grado**, específico para los delitos de **terrorismo** de la sección 2.^a del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP, y cometidos en el seno de **organizaciones criminales**

Son los siguientes: Que los condenados muestren *signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas*³⁸ y que hayan *colaborado activamente con las Autoridades* para impedir nuevos delitos de la organización, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de otros delitos, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a que hubiesen pertenecido.

VII. LA LIBERTAD CONDICIONAL Y SUS FORMAS ESPECIALES

a) Régimen jurídico anterior al proceso de reforma

Se regula en la actualidad en los artículos 90 a 93 CP 95, artículo 72.1 LOGP y 192 a 201 RP 96.

1. Naturaleza jurídica

- Una prueba más del dislocamiento de nuestro legislador es la naturaleza jurídica que cada texto normativo atribuye a la Libertad Condicional. Veámoslo:
- Para el CP 95, todavía vigente, es una *Forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad* (Libro I, Título séptimo, Capítulo 3.^o, Sección 3.^a).
- Para la LOGP, es el último grado del sistema de individualización científica, separado en grados, es decir, el *cuarto grado de clasificación penitenciaria* (art. 58).
- Y para el RP 96, es un *beneficio penitenciario*, aun cuando califique como tal, sin justificación dogmática alguna, sólo a la libertad condicional anticipada, no obstante lo cual, incluye ambas en el Título VIII denominado «De la Libertad Condicional y de los Beneficios Penitenciarios».

A la vista de esta multiplicidad de calificaciones legislativas, no es fácil pronunciarse sobre la verdadera naturaleza de esta institución.

³⁸ Ha de entenderse que los signos inequívocos habrán de referirse, en su caso, a los de la organización criminal correspondiente.

No quiero, sin embargo, hurtar mi opinión que no es otra que la coincidente con la LOGP. Y ello, dicho en breve, porque esa norma es especial respecto de la general que es el CP y, sobre todo, porque durante la libertad condicional no se rompe la relación de sujeción especial, el liberado sigue bajo el control de la Administración y Jurisdicción Penitenciarias y esta última puede, en cualquier momento, revocarla. Todo esto compagina mal con que se trate de una «forma sustitutiva» de ejecución; y su carácter de derecho subjetivo, que tantas veces hemos predicado de los constructos penitenciarios, rechaza la calificación de «beneficio».

b) Concepto

En cualquier caso, de lo que no hay duda es que se trata de la última fase del cumplimiento de la pena, si bien no es de concesión obligatoria ni automática y puede, por tanto, el penado no acceder a ella.

Conviene insistir en que el liberado condicional está cumpliendo la pena impuesta y sigue unido a la Administración Penitenciaria por la relación de sujeción especial bajo el control de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria.

Supone, en fin, cumplir la pena privativa de libertad no estando privado de ella y, por ello, está sometido el liberado a controles y condiciones de conducta cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación de esta situación.

c) Requisitos

La regulación de la Libertad Condicional introducida por el CP de 1995 no difiere en mucho de lo que la legislación anterior y la práctica habían ya fijado.

Se mantienen los de *buena conducta y cumplimiento de las tres cuartas partes*, se sustituye la referencia al último período de la condena por la referencia explícita a la *clasificación en tercer grado* y, por último, las garantías de hacer vida honrada en libertad se han cambiado por un *pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes*. La concepción de este último requerimiento es, sin duda, más ambicioso —por cuanto la mera garantía de «vida honrada en libertad» del CP derogado era más limitada en cuanto a sus causas— al implicar la consideración de un número mayor de variables y, por tanto, un mayor nivel de exigencia al candidato a LC, e imponer además la intervención de especialistas, que, ha de entenderse, tienen que serlo en Ciencias de la conducta.

a) Objetivos⁴⁹

1. Que se trate (obviamente) de pena privativa de libertad
2. Que el interno esté clasificado en tercer grado de tratamiento, sustituyendo la dicción del artículo 98 CP 73, de hallarse en el «último período de la condena».

b) Subjetivos

1. Buena conducta. Que se traduce en ausencia de sanciones por faltas graves o muy graves.
2. Existencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social emitido por los expertos que el JVP estime convenientes.

c) Formales. Expediente de LC Procedimiento

El requisito previo es que el expediente se inicie, tramite, concluya y se eleve al JVP para que apruebe o desaprobe la LC, propuesta, antes del agotamiento del período temporal exigido (3/4 partes o 2/3, como veremos).

En el expediente deben constar los documentos establecidos en el artículo 195 RP.

d) Temporales

Son diferentes, según los casos:

- ♦ Haber cumplido las tres cuartas partes de la pena impuesta —o los dos tercios— aplicando a la misma los posibles indultos, la acumulación jurídica de condenas (art. 76.2 CP) y la refundición de condenas, que consiste en la suma aritmética de las mismas (art. 193.2 RP).
- ♦ Especiales de tener o cumplir durante el cumplimiento de la condena setenta años.
- ♦ Sin sujeción a límite temporal alguno, padecer durante la condena una enfermedad muy grave e incurable.

La situación de LC permanece:

- ♦ todo el tiempo que reste hasta la extinción de la condena, es decir, hasta el Licenciamiento Definitivo;

⁴⁹ El CP 95 ha suprimido el requisito de que, para acceder a LC, la pena hubiera de ser superior a un año.

- ♦ hasta que el JVP dicte Auto revocando la LC Y veremos enseguida cuáles son las causas de revocación.

e) Resolución del JVP

Completado el expediente administrativo, con informe de la Junta de Tratamiento (cuya nomenclatura, en la práctica, es ciertamente muy poco explícita: *favorable, tendente a favorable, dudoso, tendente a desfavorable y desfavorable*) se eleva al JVP, el cual dicta alguna de las resoluciones siguientes:

- ♦ **Aprobando la propuesta.** En este caso, revestirá siempre la forma de Auto. El JVP puede imponer al liberado condicional el seguimiento y/o cumplimiento de determinadas **normas de conducta**, le hayan sido o no propuestas por la Administración Penitenciaria.
- ♦ **No aprobándola** —también en forma de Auto—, en cuyo caso, cabe recurso de reforma y posterior de Apelación.
- ♦ **Solicitando nuevas pruebas** que completen aquella, **suspendiendo su tramitación** hasta el cumplimiento de alguna condición, etc. La LC que no se apruebe en un momento concreto, puede aprobarse pasado un tiempo durante el que el candidato cumpla determinadas condiciones.

d) Supuestos especiales de Libertad Condicional

a) L.C. Anticipada (art. 91 CP).

Sigue la Teoría General de la L.C. salvo en los siguientes extremos: Basta el cumplimiento de los 2/3 de la condena —no es necesario el de las 3/4 partes— y se exige que el penado haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

b) LC de septuagenarios (art. 92.1 CP)

Sólo dispensa del requisito temporal de cumplimiento. Basta que el penado tenga o cumpla durante la condena la edad de setenta años para que pueda acceder a esta forma de libertad, naturalmente si cumple los demás requisitos.

c) LC de enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 92.2 CP)

En el CP 73 no se recogía ni esta modalidad ni la de septuagenarios, quedando ambas a lo prevenido por el artículo 60 RP 81. Eran,

pues, las dos netamente «ilegales» —extralegales, cuando menos— pues contravenían explícitamente lo ordenado por el CP. Sin embargo, esa misma ilegalidad concedía un amplio margen de maniobra y venían siendo aplicadas, sin protesta, por razones de puro humanismo penal. De tal manera que el empeño en considerarlas modalidades de LC, por ser una declaración simplemente reglamentaria, podía ser obviado sin exigir ninguno de los requisitos de aquella —sin expediente, sin clasificación en tercer grado, etc.— y resolviendo en la misma y única resolución cuanto fuera necesario para excarcelar al enfermo, obviamente si su situación vital así lo aconsejaba.

Esta interpretación empezó a complicarse, primero, con la STC de 25 de marzo de 1996 —que, por cierto, ni se planteó los problemas de ilegalidad de esta institución— y, después, con el CP 95 al ratificar sin ambages que la excarcelación de enfermos incurables era una forma de LC.

En absoluto comparto la tesis de la Sentencia del TC y del CP vigente. Como hemos señalado, la LC, cualquiera que sea su clase, exige un pronóstico favorable e individualizado de reinserción. ¿Y si no existe? ¿Y si se trata de un interno clasificado en primer grado? ¿Dejaremos que fallezca en la cárcel, o autorizaremos su excarcelación solo cuando no se tenga de pie? ¿No tiene todo el mundo el derecho a morir rodeado de los suyos, por «malo» que haya sido? Pero es más, ¿no es absolutamente contradictorio, además de rotundamente discriminatorio, que al Juez o Tribunal sentenciador se le permita suspender la pena, cualquiera que ésta sea, sin más requisito que la «enfermedad grave con padecimientos incurables», como permite el artículo 80.4 CP? De tal modo que si no ha empezado a cumplir, el condenado puede morir en su casa sin mayores requisitos y por la mera decisión de un órgano judicial; si ha empezado, ha de pasar por un largo itinerario que, además, debe incluir con un pronóstico favorable que, insisto en ello, no se le exige al primero, y concluir, también, con la decisión de un órgano judicial. Y todo ello, sobre la base de la misma realidad: la enfermedad y el peligro de muerte.

A la inversa, según la tesis del TC, bastaría la incurabilidad —que no la inminencia a corto/medio plazo en el *exitus*— y, lo que es más grave, que la prisión incida desfavorablemente en la evolución de la enfermedad para autorizar la excarcelación.

Todo ello supone, a mi juicio, desvirtuar esta institución penitenciaria que tiene una única razón de ser: el humanismo penal, el evitar la muerte de un interno en prisión, alejado del calor de los suyos, ... y la excarcelación de quien tiene un padecimiento incurable a largo plazo que no le impide ni la estancia en prisión —¿a quién no le causa

estrés la privación de libertad?— ni, lo que es más grave, la comisión de nuevos delitos.

Creo, en fin, que tanto el Tribunal Constitucional como el nuevo CP poco han hecho para mejorar la suerte de los internos en este trancé que, lamentablemente, no son rara excepción.

e) *Modificaciones introducidas en el régimen jurídico de la Libertad Condicional por la LO 7/2003*

a) A los requisitos del artículo 90 CP de 1995 (tercer grado, cumplimiento de las 3/4 partes de la condena, buena conducta y pronóstico favorable de reinserción) se añade ahora el de la **satisfacción de la responsabilidad civil** derivada del delito⁴⁰ en los términos del artículo 72 LOGP que acabamos de analizar; requisito perfectamente superfluo por cuanto tal satisfacción es ya requisito para acceder al tercer grado, y éste lo es de la libertad condicional.

b) Específicamente para los delitos de **terrorismo** de la sección 2.^a del Capítulo V del Título XXII del Libro II del CP o cometidos en el seno de **organizaciones criminales** se exigen, también ahora, los mismos requisitos que para acceder al tercer grado⁴¹, a saber, que los condenados muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas y que hayan colaborado activamente con las Autoridades para impedir nuevos delitos de la organización, para atenuar los efectos de su delito, para la identificación, captura y procesamiento de responsables de otros delitos, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones a que hubiesen pertenecido.

Ambos requisitos — parece que la norma se refiere, en efecto a ambos — podrán acreditarse: por la **declaración expresa** de repudio de las actividades delictivas y de abandono de la violencia, por una **petición expresa de perdón a las víctimas** y por los **informes** que acrediten la desvinculación real del penado de su entorno delictivo y su colaboración con las autoridades⁴² y ⁴³.

⁴⁰ El artículo 90, sin sentido, vincula esta satisfacción al pronóstico de reinserción, de modo que no se entenderá cumplida esta condición «si el penado no hubiese satisfecho» dicha responsabilidad. Podrá discutirse la conveniencia, incluso justicia, del pago de la responsabilidad civil como requisito del tercer grado y de la libertad condicional, pero desde luego no tiene nada que ver con la reinserción.

⁴¹ Exigencia igualmente superflua pues para acceder a la libertad condicional ya hemos dicho que es necesaria la previa clasificación en tercer grado.

⁴² Dada la dicción legal — empleo de la copulativa «y» y no de la disyuntiva «o» — parece que los tres medios de prueba son acumulativos, es decir que deben concurrir los tres.

⁴³ Ciertamente no es fácil imaginar quién puede emitir informes de esta clase.

c) El artículo 90 reformado ha introducido una **modificación intolerable** en mi opinión si se interpreta literalmente — y me temo que ésta es la intención de la norma —. En efecto, si en el texto derogado se alude, en relación al informe-pronóstico, a los «expertos que el JVP estime convenientes», en el vigente la remisión es al «**informe final previsto en el artículo 67 de la LOGP**», y éste lo realiza la Administración Penitenciaria, en concreto la Junta de Tratamiento (art. 195 c) RP). De tal modo que bastaría con que este informe fuera desfavorable para que el JVP — que es el titular único de la competencia sobre la libertad condicional, ex art. 76.2 b) LOGP y 90.2 CP — no pudiera concederla. Lo que supondría, de facto, el vaciamiento de la competencia y, por ende, una invasión del principio de reserva jurisdiccional.

d) Hasta aquí los requisitos de concesión, que se pueden completar con las «**reglas de conducta**» que el JVP puede imponer al liberado para su cumplimiento durante todo el tiempo que dure esta situación.

El art. 90.2 CP 1995 autorizaba al JVP a imponer a los liberados condicionales las **normas de conducta** reguladas en el artículo 105 CP, lo que planteaba la duda de la exclusividad de tales normas de conducta o la posibilidad de imposición de otras distintas.

En la norma modificada el problema desaparece pues **la referencia al artículo 105 se sustituye por la remisión a los artículos 83 y 96.3**.

e) Los **supuestos especiales de Libertad Condicional**, *anticipada, de septuagenarios y de enfermos muy graves con padecimientos incurables*, también han sido objeto de modificación.

1. *Anticipada* (art. 91 CP).

- Además de la ya vigente exigencia de que el penado haya «desarrollado **continuadamente** actividades laborales, culturales u ocupacionales», se exige ahora el **informe** del Ministerio Fiscal, de la DGIIPP y de las demás partes.
- Se introduce una suerte de «**redención de penas**» para el cómputo de los 2/3 de la condena, que tiene los siguientes requisitos:

- Propuesta de la DGIIPP.
- Informe del M^o Fiscal y de las demás partes.
- Cumplimiento de la mitad de la condena.
- Participación del penado en actividades en programas de reparación del daño causado a las víctimas, de tratamiento o desintoxicación.

Pues bien, cumpliéndose todos estos requisitos se abonarán al penado, para el cómputo del indicado plazo, hasta un máximo de 90 días por cada año efectivo de cumplimiento.

— En todo caso, se excluyen de la LC anticipada a los condenados por delitos de **terrorismo** y cometidos en el seno de **organizaciones criminales**.

2. De septuagenarios y de enfermos muy graves con padecimientos incurables (art. 92.2 CP).

El artículo 92, en el CP 2003, queda redactado como sigue:

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

2. Constando a la Administración Penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al Centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

f) Por último, la Ley 7/2003 también ha modificado el artículo 93 CP —duración y revocación de la LC— si bien solo específicamente para los delitos de **terrorismo**⁴⁴: la revocación de la LC —que se

⁴⁴ Se han omitido aquí los delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales que, como hemos podido comprobar, van siempre unidos en la regulación legal a los de

puede acordar por comisión de nuevo delito, inobservancia de las normas de conducta impuestas por el JVP y por incumplimiento de «las condiciones que le permitieron acceder a la LC»— conllevará, naturalmente, el ingreso en prisión en el grado penitenciario que corresponda⁴⁵ y la pérdida del tiempo pasado en libertad.

En mi opinión este precepto carece también de eficacia retroactiva, por las mismas razones aducidas en relación con el artículo 36.2 CP, si bien es cierto que en la ya citada Exposición de Motivos de la ley, en el apartado X, hay una referencia expresa a los delitos de terrorismo; pero no obstante el carácter asumido de interpretación auténtica de tal introducción normativa, en manera alguna puede prevalecer sobre el texto articulado.

En el CP 2003 se incluye, sin embargo, una nueva versión del precepto que incluye la evolución desfavorable en relación a su tratamiento como **causa de revocación** de la LC y se prevé la **suspensión cautelar** de la misma por concurrencia de causas que pudieran dar lugar a aquella o por reingreso en prisión para cumplimiento de una condena impuesta con anterioridad a la concesión de la LC.

Para concluir, y como se señaló más atrás, la **Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003** ha otorgado carácter retroactivo exclusivamente a los artículos 90 y 93.2 CP y 70.5 y 6 LOGP; se aplicarán, por tanto desde el momento de la entrada en vigor de la ley.

VIII. LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS EN CENTRO PENITENCIARIO

Como consecuencia de una situación tan alarmante como conocida, la **Ley Orgánica 6/2003**, de 30 de junio, ha modificado sustancialmente el acceso de los internos en Centro Penitenciario a los estudios universitarios, regulado en el artículo 56 de la LOGP. Tal situación no era otra que la «facilidad» con que determinados internos —los condenados en relación con delitos cometidos con la banda terrorista ETA— accedían a titulación universitaria en la Universidad del País Vasco (UPV), bien por connivencia, bien por simple aprensión de los encargados de proporcionarla.

Se mantiene la obligación de la Administración Penitenciaria de organizar las actividades educativas de tal modo que los internos puedan acceder a cualquier titulación de acuerdo con el sistema oficial. Para la enseñanza universitaria se introduce, sin embargo, la necesi-

terrorismo. Se trata, sin duda de una simple errata, que debería ser objeto de corrección mediante la oportuna publicación en el BOE, si es que no lo ha sido ya.

⁴⁵ Es decir, tras el oportuno procedimiento de clasificación.

dad de suscribir **convenios con universidades públicas**, previos los informes que se estimen pertinentes, dándose prioridad a la Universidad Nacional de Educación a Distancia, dada la «movilidad de la población reclusa».

Las restantes Administraciones Penitenciarias —es decir, hoy por hoy, exclusivamente Cataluña— podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito territorial.

Ciertamente, el texto legal ofrece pocas «pistas» para conocer su alcance. Es casi una mera declaración de principios y, por tanto, habrá que esperar al desarrollo reglamentario o instruccional para saber si alcanza el fin que confesadamente se propone o, por el contrario, se convierte en una limitación.

LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA APLICACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DEL CONTRATO Y EL CUASICONTRATO

POR

FRANCISCO GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO

ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO
ABOGADO DEL ESTADO EXCEDENTE

SUMARIO: 1. Las obligaciones de la Administración; concepto y régimen jurídico. a) Concepto. b) Régimen jurídico. 2. Fuentes de las obligaciones de la Administración. 3. El negocio jurídico-administrativo como fuente de obligaciones. a) Los contratos y convenios de la Administración. b) Ausencia de contrato: el empleo de «medios propios». c) Actos-condición y simples actos unilaterales. d) Supuestos cuyo carácter contractual ha sido discutido: funcionarios, subvenciones, concesiones demaniales y deuda pública. i) La relación funcional. ii) Subvenciones. iii) Concesiones demaniales. iv) Deuda pública. 4. La responsabilidad extracontractual de la Administración concepto, fundamento y regulación. a) Concepto. b) Fundamento. c) Regulación. 5. Cuasicontratos: el enriquecimiento injusto de la Administración. a) Consideraciones generales. b) Enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial. c) Su aplicación jurisprudencial en relación con la Administración. d) Derecho administrativo y Derecho privado ante las obligaciones de la Administración pública por enriquecimiento injusto. Competencia contencioso-administrativa.

1. LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

a) Concepto

Si bien el término obligación tiene un sentido amplio, como sinónimo de deber, en sentido jurídico estricto, tal y como se emplea en Derecho civil, la obligación es una necesidad jurídica de cumplir una prestación, de dar, hacer o no hacer una cosa, que tiene como correlativo un derecho de crédito en cuya virtud el acreedor puede exigir el comportamiento en que consiste la obligación.

Como dice HERNÁNDEZ-GIL¹, todas las obligaciones son deberes jurídicos, pero no todos los deberes jurídicos son obligaciones. Si el

¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, pág. 59.

derecho de obligaciones fuese el derecho dedicado a la exposición de todos los deberes jurídicos sería la «versión, desde el punto de vista del deber, de todo el Derecho civil». Por su parte, PUIG BRUTAU² significa que «en realidad [el Derecho de obligaciones] sólo trata de una clase de deberes jurídicos, los que existen entre acreedor y deudor; es decir, cuando una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, que observe determinada conducta o realice cierta prestación».

Así, el artículo 1088 del Código Civil (primero de su libro IV, «de las obligaciones y contratos») dispone que «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

No se trata, por tanto, de estudiar las obligaciones de la Administración en el sentido de todas aquellas actuaciones que el ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos (p. ej. proteger la seguridad ciudadana o la defensa nacional, prestar asistencia sanitaria y servicios sociales, construir y mantener carreteras u otras vías de comunicación, etc.) sino de las obligaciones de la Administración en el seno de una relación jurídica obligatoria, sea puramente unilateral, de ésta para con el acreedor, o sea recíproca, esto es, conlleva, en contrapartida, obligaciones de la otra parte.

En esta línea, MONEDERO GIL³ señala que «es necesario distinguir en el ámbito público entre las obligaciones o fines competenciales de los distintos órganos del Estado y las Administraciones locales [y, ahora, también autonómicas] y la obligación propiamente dicha. Por lo que se refiere a la primera acepción del término, ... en las leyes... se contienen enunciados descriptivos de las funciones atribuidas a la Administración, a sus distintos órganos y a las unidades dependientes de aquella. Estos cuadros competenciales definen un "poder hacer", o un "deber hacer" de los entes públicos, y no pueden confundirse con la obligación auténtica aun cuando aquellos enunciados sean antecedente remoto; les falta el dato típico del vínculo obligacional, que es la exigibilidad de su cumplimiento por las personas interesadas en el mismo. Son más bien facultades o deberes funcionales que emanan directamente de la norma, no de una previa relación jurídica intersubjetiva. Las obligaciones para que se puedan calificar como tales, se deben corresponder con derechos ejercitables por el que resulta acreedor de la prestación; la interdependencia entre débito y crédito, entre deudor y acreedor, es lo que da vida a la relación jurídica típica obligacional ... una cosa son las competencias genéricas del Estado y de la Administración, las obligaciones que les incumben en el marco socio-

² PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, Vol. II, 4.ª ed., Ed. Bosch, pág. 6.

³ MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, págs. 241 y ss.

económico, cuyo incumplimiento genera responsabilidad políticas o tal vez personales de las autoridades y funcionarios, y otra la obligación de contenido económico que debe ser inexcusablemente cumplida por los entes públicos en beneficio directo de un acreedor particular. O sea, la figura del Estado-deudor».

Quedan fuera también del ámbito de este trabajo los supuestos de obligaciones unilaterales de los particulares para con la Administración (p. ej. el pago de tributos y otras prestaciones patrimoniales de carácter público).

b) Régimen jurídico

Las obligaciones de la Administración, ya deriven del contrato, de la llamada responsabilidad patrimonial o de otras fuentes, quedan sometidas, como regla general, al Derecho administrativo; que, de acuerdo con ENTRENA CUESTA⁴, puede ser definido como el conjunto de normas de Derecho público interno que regulan la organización y actividad de las Administraciones Públicas. Entendido en sentido amplio, el Derecho administrativo engloba al Derecho financiero y tributario, rama jurídica que se ocupa de un sector concreto de la actividad de la Administración, en relación con los ingresos y gastos públicos, y que es de especial incidencia en esta materia.

Decimos que las obligaciones de la Administración quedan sometidas, como regla general, al Derecho administrativo, por cuanto, en el llamado sistema continental (del que forma parte España), el Derecho administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas, que se someten, por regla general, a él, aunque también puedan actuar excepcionalmente sujetas al Derecho privado, que resulta, además, en todo caso, aplicable supletoriamente. Por ello, señala GARCÍA DE ENTERRÍA⁵ que el Derecho administrativo es el Derecho estatutario de las Administraciones Públicas, pues es un Derecho propio de una categoría de sujetos.

La regulación de las obligaciones de la Administración se encuentra, sin embargo, dispersa.

En efecto, aparte de la aplicación supletoria del Derecho civil (fundamentalmente el libro IV, de las obligaciones y contratos del Código Civil, arts. 1088 y ss.⁶), y de las normas de régimen jurídico de las

⁴ ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho administrativo*, Vol. I/1, 8.ª ed., Ed. Tecnos, pág. 70.

⁵ *Curso de Derecho administrativo* [con Tomás Ramón FERNÁNDEZ], I, 7.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, págs. 27 y ss.

⁶ O, en su caso, el Derecho civil local o particular correspondiente (Cfr. STS 10 de noviembre de 1987, Ar. 7827), pues el Estado goza sólo de competencia exclusiva para regu-

Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (contenidas principalmente en la Ley del mismo nombre y fecha 26 de noviembre de 1992, en lo sucesivo «LAP»), las obligaciones de la Administración vienen reguladas, principalmente, por la normativa presupuestaria o financiera, que disciplina los derechos y obligaciones de contenido económico de la correspondiente Hacienda Pública.

En este sentido, cabe citar los artículos 42 y ss. de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido de 23 de septiembre de 1988 (en adelante, «LGP»), bajo la rúbrica de «las obligaciones de la Hacienda Pública», que se limita, según su artículo 2, al Estado y sus organismos autónomos, así como las normas presupuestarias o de hacienda de las Comunidades Autónomas⁷ y, para las entidades locales, la Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988.

Cabe precisar que este régimen presupuestario es aplicable con independencia de que la obligación se genere en el marco de una relación sujeta al Derecho administrativo o al Derecho privado. Así lo dice expresamente el artículo 43 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, al disponer que «las obligaciones económicas derivadas de negocios jurídicos privados se regirán por las normas de Derecho privado en lo no regulado en la presente Ley». A *sensu contrario*, en lo regulado por la legislación presupuestaria, quedan sujetas a la misma igual que las obligaciones derivadas de negocios jurídicos públicos.

Ahora bien, también debe hacerse notar que el ámbito subjetivo de la normativa presupuestaria es más reducido que el de la normativa de contratación pública. Como hemos visto, la Hacienda Pública se integra exclusivamente por el Estado y sus organismos autónomos (art. 2 LGP). En cambio, la legislación de contratos de las Administraciones Públicas es aplicable también a otras entidades públicas estatales⁸.

lar las bases de las obligaciones contractuales, y el desarrollo de estas bases puede corresponder a las Comunidades Autónomas allí donde existan Derechos civiles forales o particulares (art. 149.1.8.º CE).

⁷ Cfr. Ley 5/1983, de 19 de julio, de Andalucía; Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, de Aragón; Decreto Legislativo 2/1998, de 25 de junio, de Asturias; Ley 1/1986, de 5 de febrero, de la Comunidad Balear; Ley 7/1984, de 11 de diciembre, de la Comunidad Canaria; Ley 7/1984, de 21 de diciembre, de Cantabria; Ley 6/1997, de 10 de julio, de Castilla-La Mancha; Ley 7/1986, de 23 de diciembre, de Castilla y León; Decreto Legislativo 9/1994, de 13 de julio, de Cataluña; Decreto Legislativo, de 26 de junio de 1991, de la Comunidad Valenciana; Ley 3/1985, de 19 de abril, de Extremadura; Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, de Galicia; Ley 9/1990, de 8 de noviembre, de la Comunidad de Madrid; Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, de la Región de Murcia; Ley 8/1988, de 26 de diciembre, de Navarra; y Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, del País Vasco.

⁸ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 95, julio-septiembre 1997.

Por lo que se refiere, en particular, a las relaciones obligatorias de carácter contractual, hay que estar a lo dispuesto por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido de 16 de junio de 2000 (LCAP), y el Reglamento General de la citada Ley, de 12 de octubre de 2001 (RGCAP)⁹, así como por las normas autonómicas que puedan dictarse en aquello que no tenga la consideración de básico¹⁰.

Respecto del régimen temporal de aplicación de la LCAP, en relación con su reforma operada por Ley 53/1999, la disposición transitoria primera de aquella previene que «los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, se regirán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del contrato. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria de adjudicación del contrato». Esto es, se distingue entre el expediente de contratación, que se rige por la Ley vigente al tiempo de publicarse la convocatoria, y el contrato mismo, respecto del cual habrá que estar a la que rigiera al tiempo de su adjudicación. Este mismo principio (que la *lex contractus* sea la vigente al tiempo de la adjudicación) es aplicado por la disposición transitoria sexta LCAP en relación con el nuevo régimen introducido por la Ley de 1995 en caso de demora en el pago.

En cambio, en relación con la Ley de 23 de mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión, que inserta el nuevo régimen de este contrato en la LCAP, éste será de aplicación a los contratos cuya licitación se realice con posterioridad a su entrada en vigor (tres meses después de su publicación, que tuvo lugar el día 24 de mayo), entendiéndose a estos efectos que se inicia la licitación con su primera publicación, o, en los procedimientos negociados sin publicidad, a partir de la fecha de remisión de la invitación a los empresarios a presentar ofertas (disposición final tercera). Esto es, a diferencia de las reglas transitorias de la LCAP, que distinguen entre expediente

⁹ Según el RGCAP sigue vigente también el título relativo a la contratación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, en cuanto no se oponga a la LCAP y el propio RGCAP.

¹⁰ Cfr. artículo 149.1.18.º CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, la disposición final primera de la LCAP, y, como principal norma autonómica dictada en la materia, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de la Comunidad Foral de Navarra, de 16 de junio de 1998. Asimismo, cabe citar el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 3 de abril de 2003.

de contratación y contrato, se atiende a la licitación para determinar la aplicación del nuevo régimen a expediente y contrato propiamente dicho.

La LCAP y el RGCAP constituyen, en buena medida, transposición de las Directivas comunitarias. En efecto, a partir de 1971, se ha ido formando un Derecho comunitario de la contratación pública. Así, la primera Directiva en la materia fue la 71/305/CEE, relativa a la supresión de restricciones a la libre prestación de servicios en el sector de los contratos públicos de obra y en la adjudicación de contratos públicos de obras por medio de agencias o sucursales, y, más tarde, se aprobó la Directiva 77/62/CEE, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros. Actualmente, la normativa comunitaria está constituida por la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios; la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros; y la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, todas ellas con sus correspondientes modificaciones. En el DOCE de 30 de enero de 2001 se publicó una propuesta de Directiva para refundir en un solo texto las citadas Directivas.

De todas maneras, las Directivas comunitarias no pretenden armonizar el conjunto de las normativas nacionales sino que su finalidad se limita a coordinar los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos superiores a ciertos umbrales económicos, mediante la introducción de una serie de normas comunes, de modo que se trata de una ordenación parcial, al regularse de manera exclusiva la fase de adjudicación de los contratos omitiendo toda referencia a la ejecución de los mismos¹¹. Es más, la forma de adaptación es libre y corresponde a cada Estado siempre que se garantice la efectividad del Derecho comunitario, si bien, una vez transcurridos los plazos correspondientes, debe reconocerse a las Directivas un efecto directo, de suerte que son invocables directamente ante los jueces nacionales, amén de que la interpretación del Derecho nacional debe verificarse a la luz del Derecho comunitario (Cfr. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de septiembre de

¹¹ Cfr., entre otros muchos, SANTIÁS VIADA, José Antonio, SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, y LOPEZ BLANCO, Carlos, *El Derecho comunitario de la contratación pública*, Escuela de Hacienda Pública, pág. 23, y SAZ CORDERO, Silvia del, «Los contratos de la Administración y el Derecho comunitario», en la obra colectiva *El desenvolupament del Dret Administratiu europeu*, Barcelona, 1994, págs. 247 y ss.

1988, Asunto Beentjes; y 22 de junio de 1989, Asunto Fratelli Costanzo¹².

En último término, la responsabilidad extracontractual de la Administración viene hoy regulada por la normativa común del procedimiento administrativo, la ya citada LAP, en sus artículos 139 y siguientes, y, en su desarrollo, el Reglamento de procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto de 26 de marzo de 1993 (en adelante, «RRP»).

En cualquier caso, destaca, ante todo, la separación de fuentes entre las obligaciones en general (regidas por la normativa presupuestaria) y los contratos en particular (sometidos a la LCAP), y, por otro lado, la situación calificada por DELGADO PIQUERAS¹³ de divorcio teórico y normativo entre la actividad contractual y el procedimiento administrativo, punto en el que puede haber tenido su influencia la anticipación del Derecho español en la codificación de éste¹⁴, que arranca de la Ley Azcárate de 1889 y se consagra en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 («LPA»), anterior a la codificación de la normativa contractual por la Ley de Contratos del Estado de 1965 («LCE»). Por ello el moderno Derecho administrativo español se ha edificado en buena medida a partir de o contando con la presencia de estas dos grandes leyes LPA y LCE, cabeceras de dos verdaderos grupos normativos y es constatable la escisión en el plano doctrinal de dos disciplinas autónomas, situadas de espaldas una a otra, el estudio del procedimiento administrativo y régimen jurídico de la Administración, y la doctrina del contrato de la Administración. A pesar de ello, es forzoso tomar y conjugar ambas perspectivas para poder aproximarse al Derecho administrativo de obligaciones en su conjunto.

Con todo, la disposición adicional séptima de la LCAP reconoce que «los procedimientos en materia de contratación administrativa se regirán por los preceptos contenidos en esta Ley y en sus normas de desarrollo [RGCAP], siendo de aplicación supletoria los de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común» (LAP)¹⁵.

¹² RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Ed. Aranzadi, págs. 173 y ss.

¹³ DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Ed. Aranzadi, pág. 143.

¹⁴ Por el contrario, en Alemania e Italia, la codificación administrativa es reciente, de 1976 y 1990 respectivamente.

¹⁵ Sobre la aplicación de la LAP a los procedimientos de contratación, Cfr. IJCCA 16/00, de 11 de abril de 2000.

2. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN

Siguiendo a María Claudia CAMBI¹⁶, en Derecho «encontramos innumerables acontecimientos, los cuales acarrearán consecuencias jurídicas, son los hechos jurídicos en sentido amplio. Si aquellas consecuencias consisten en el nacimiento de obligaciones, nos encontramos precisamente con su fuente. Los distintos ordenamientos jurídicos reconocen a ciertos hechos, con variado alcance, la categoría de fuentes. Es tarea de la doctrina caracterizarlos y clasificarlos conforme a la afinidad de elementos y de efectos... De todos modos, más que si una clasificación es perfecta, nos interesa saber si es útil, si nos sirve como pauta de interpretación, para determinar normas y efectos aplicables, etcétera, por lo cual necesariamente deberá ajustarse o ampliarse a medida que se modifique la realidad que pretenden contener».

La misma autora nos indica que «la fuente básica de los primeros tiempos del Derecho romano estaba constituida por el delito, el acuerdo de voluntades o contrato no tenía mayor significación», si bien «con el desarrollo del comercio y la industria... la figura del contrato adquiere mayor importancia... al mismo tiempo que surge una diversidad de fuentes distintas de las dos conocidas, que los romanos denominaron varias *causarum figuris*. El jurisconsulto GAYO en sus Institutas distingue como fuentes básicas al delito y al contrato; en el Digesto agrega las figuras variadas, aunque hay quienes dudan de la autenticidad de este texto. En las Institutas de Justiniano, se establece una clasificación cuatripartita, contratos, cuasicontratos, delitos, cuasidelitos, formando parejas simétricas: El cuasicontrato y el cuasidelito constituyen fuentes semejantes al contrato y al delito, produciendo efectos comparables a ellos. Los glosadores agregaron una quinta fuente, la ley, completando así la clasificación considerada clásica, adoptada por el Código Civil francés y la mayoría de los que lo tomaron como modelo», como el español.

Así, el artículo 1089 CC dispone que:

«Las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

A juicio de MONEDERO GIL¹⁷, «hablando... de la fuente de las obligaciones propias [de la Administración], no hay inconveniente,

¹⁶ CAMBI, María Claudia, en la obra dirigida por STIGLITZ, Gabriel, *Obligaciones. Parte general*, Ed. Juris, Rosario, Argentina, 1994, págs. 60 y ss.

¹⁷ Ob. cit., pág. 242.

en principio, en aceptar la enumeración del CC, relegando tal vez la figura del cuasicontrato a un segundo lugar, pues su aplicación en la esfera pública, al igual que en la privada, tiene un campo de aplicación muy limitado. Las fuentes clave son, por tanto, la Ley, los contratos y los actos y hechos administrativos causantes de daño especial a los administrados; estas fuentes darán lugar a la obligación legal, a la obligación contractual y a la obligación extracontractual, respectivamente, de la Administración».

Podemos aceptar, de forma preliminar, tal conclusión, si bien parece conveniente extendernos un poco más, en aras a una mayor reflexión.

En primer lugar, se dice que las obligaciones de la Administración pueden nacer de la Ley. Con todo, se ha criticado la consideración de la Ley como fuente de obligaciones, pues, como advierte CAMBI, «la ley no crea por sí sola ninguna obligación sino que las reconoce a través de ciertos hechos que constituyen la verdadera razón del nacimiento de ella. Es decir que sería fuente mediata o indirecta de todas las obligaciones»; pero sí es cierto que, en ocasiones, la ley, o al menos ninguna otra de las fuentes reconocidas como tales, es la que directamente funda la obligación. Así, la citada autora¹⁸ considera que «en las obligaciones *ex lege*, la ley es fuente directa de la obligación, no se descubre otro fundamento más que su autoridad, que la crea y establece sus alcances».

Lo mismo puede decirse en nuestro ámbito, donde la Ley de Presupuestos¹⁹ tiene una importancia fundamental, hasta el punto de que se pueda plantear como fuente única²⁰, aunque, si la realidad se observa con más detenimiento, se alcanza la misma conclusión: en ocasiones la Ley, y en especial la Ley de Presupuestos, únicamente se limita a reconocer o respaldar la creación de obligaciones por otras fuentes, de modo que su consideración como fuente propia se reservaría para los demás supuestos.

¹⁸ Ob. cit., pág. 99.

¹⁹ La Constitución ordena, en su artículo 133.4, que «las Administraciones Públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes», y en su artículo 134.2, que «los Presupuestos Generales del Estado incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal...».

²⁰ En este sentido, SANTA-BÁRBARA RUPÉREZ, Jesús, «La responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas a la luz del Derecho presupuestario», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* n.º 24, enero 2003, págs. 103 y ss., sostiene que, a la vista de las normas presupuestarias, «tanto la responsabilidad contractual o negocial como la extracontractual deben tener un soporte legal, y ello con independencia de que el hecho desencadenante de la aplicación de la ley sea la realización de un negocio jurídico o el acaecimiento de un hecho que determine el nacimiento de la responsabilidad extracontractual».

Para MONEDERO GIL²¹, «una de las reglas básicas de este Derecho... [el Derecho financiero] es la necesidad de un crédito legislativo para contraer obligaciones en nombre del Estado y el mismo requisito para que el pago pueda ser exigido a éste por un acreedor. Se dibuja así un mecanismo de responsabilidad condicionada y limitada; condicionada en su nacimiento a la autorización legislativa y limitada a los fondos disponibles, en contra de la responsabilidad universal que para los deudores establece el artículo 1911 del Código Civil. La trascendencia jurídica del tema se estudiará más adelante. Baste decir aquí que la Ley de Presupuestos actúa a modo de magnífico instrumento regulador de las obligaciones económicas del Estado y, habida cuenta de su radical importancia en la génesis de aquéllas, ha llevado a algunos autores a opinar con acierto que la única verdadera fuente de las obligaciones que analizamos es la Ley, que las autoriza y que facilita después los fondos necesarios para cumplirlos. Porque sin este fondo de respaldo... no puede existir la auténtica obligación jurídica». Con todo, entendemos que esta tesis debe ser matizada, no sólo porque, como hemos visto, la Ley no es fuente directa de todas las obligaciones sino también porque las limitaciones presupuestarias no pueden condicionar de forma absoluta la existencia de obligación a cargo de la Administración. Nos parece, por ello, acertada la tesis, más matizada de RODRÍGUEZ BEREJO²², quien pone de manifiesto que «en Derecho administrativo tiene un papel fundamental la Ley como fuente de obligaciones... Bien es cierto, empero, que la Ley no siempre juega el mismo papel».

En suma, la Ley es la fuente última de todas las obligaciones, máxime en el ámbito jurídico-administrativo, dada la sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), y, en particular, la legalidad presupuestaria (arts. 133.4 y 134 CE); pero el concepto de obligaciones legales o *ex lege* se reserva para aquellas que tienen como fuente directa e inmediata a la Ley, o al menos no tienen como fuente propia alguna de las demás fuentes reconocidas como tales. Este supuesto, el de las obligaciones legales, que puede predicarse de aquellos casos en que la Ley impone determinadas prestaciones de la Administración a favor de los administrados no es, sin embargo, el que más nos interesa aquí.

Siguiendo nuevamente a CAMBI, por otro lado, «la clasificación tradicional ha sido objeto de numerosas críticas... Se critica, por un lado, la inclusión del cuasicontrato como categoría autónoma, por su carácter híbrido e impreciso,... donde se incluye todo lo que no es

²¹ Ob. cit., pág. 243.

²² RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro, *El presupuesto del Estado*, Madrid, 1970.

posible ubicar en otra parte... Se critica también la mención del delito y del cuasidelito, pues ambas figuras son una especie del género hecho ilícito, por lo cual bastaría indicar este último...».

Y también se plantea la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, y, por tanto, la existencia de obligaciones no derivadas de contrato sino de un negocio jurídico unilateral. Así, ALBALADEJO estudia la cuestión desde el punto de vista del Derecho civil, donde «la doctrina discute si por su sola declaración de voluntad puede quedar obligada una persona a realizar la prestación que prometa... admitiéndola, a lo más —quienes la admiten—, en supuestos excepcionales», como la llamada promesa pública de recompensa²³. Lo cierto es que, en el ámbito jurídico-administrativo no se ha discutido tanto que la voluntad de la Administración pueda ser fuente de obligaciones sino, más bien, como veremos, si es admisible la figura del contrato.

La doctrina moderna, a partir de PLANIOL, entiende a menudo que, en realidad, cabe distinguir entre las obligaciones *ex lege* y *ex voluntate*, por lo que las fuentes de las obligaciones son dos: la ley y el negocio jurídico, como categoría más amplia que el contrato²⁴. De acuerdo con DE CASTRO, el negocio jurídico puede definirse como «la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos»²⁵. Por tanto, el negocio jurídico puede estar constituido por un acuerdo de voluntades o por una sola declaración de voluntad, pero, en ambos casos, lo relevante es que no existe un mero hecho jurídico —un hecho con consecuencias jurídicas—, ni siquiera un acto jurídico —un hecho derivado de la voluntad humana—, sino una o más declaraciones de voluntad, esto es, aquel o aquellos actos jurídicos en que el contenido de la voluntad es decisivo y regulador para la determinación de sus efectos, frente a aquellos simples actos jurídicos en que sus efectos son simplemente los determinados por la ley.

De este modo, ALBALADEJO²⁶ pone de manifiesto que «el hecho jurídico voluntario llamado negocio jurídico —que es aquel que tiene como centro una o varias declaraciones de voluntad— puede ser hecho simple, en cuyo caso consta sólo de una declaración de volun-

²³ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. 1.ª, 7.ª ed., Ed. Librería Bosch, 1983, págs. 277.

²⁴ El concepto de negocio jurídico proviene del Derecho alemán (*Rechtsgeschäft*), del que pasó a la doctrina italiana (*negozio giuridico*) y a la española.

²⁵ CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, pág. 34.

²⁶ Cfr. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil I*, Vol. 2.ª, 6.ª ed., Ed. Librería Bosch, 1980, pág. 139 y ss.

tad—por ejemplo, un testamento— y, por tanto, lo mismo daría llamarlo negocio jurídico que declaración de voluntad; pero también puede ser hecho complejo, y entonces puede encerrar varias declaraciones de voluntad, o bien una o más declaraciones de voluntad y además otros elementos». Y entre los negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales destaca el contrato, del que puede darse un concepto amplio y otro estricto²⁷. En un sentido lato, contrato significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral) consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que derivan cualesquiera efectos jurídicos. En tal sentido, contrato es sinónimo de convenio²⁸ o convención jurídica. En el segundo sentido, o sentido estricto, el término «contrato» se reduce al campo del Derecho de obligaciones, significando, esencialmente, acuerdo de voluntades de dos o más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones²⁹.

Parece responder, básicamente, a todo lo expuesto, para el ámbito de la Administración estatal³⁰, el artículo 42 LGP, a cuyo tenor

«las obligaciones económicas del Estado y de sus organismos autónomos nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen».

De este modo, se comienza por enumerar la Ley y el negocio jurídico como fuente de las obligaciones de la Hacienda Pública, si bien luego se añaden los actos y hechos que, según Derecho, las generen, refiriéndose a aquellos supuestos en que, si bien la obligación no nace de un negocio jurídico sino de la Ley, ésta no la crea directamente sino que previene su existencia para el caso de que se ejecuten o sucedan determinados actos o hechos. Aquí podríamos englobar la responsabilidad extracontractual de la Administración, y la responsabilidad civil derivante del delito (ambas procedentes del hecho ilícito) y también, dentro de la tradicional categoría del cuasicontrato que moder-

²⁷ ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Vol. 1.ª, 7.ª ed., ob. cit., págs. 367 y 368.

²⁸ Término «convenio» que, como se ve, es sinónimo de contrato en sentido amplio, pero que en Derecho administrativo se reconduce a una categoría diversa del contrato, por quedar excluido de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (art. 3.1 d) LCAP).

²⁹ En sentido semejante, Cfr. PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, Vol. 1.ª, 3.ª ed., Ed. Bosch, págs. 9 y ss.

³⁰ De forma semejante, el artículo 38 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, de 8 de noviembre de 1990, previene que «las obligaciones económicas de la Hacienda de la Comunidad nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según Derecho, las generen».

namente se encuentra en crisis, el enriquecimiento sin causa de la Administración, que conlleva el correspondiente resarcimiento. Asimismo, dentro de esa figura residual cabría la consideración de supuestos generadores de obligaciones de la Administración que ni nacen directamente de la Ley ni de un negocio jurídico sino de simples hechos o incluso actos jurídicos cuyos efectos vienen predeterminados *ex lege* (por lo que, tal vez, podrían incluirse simplemente como obligaciones derivadas de la Ley).

Por lo expuesto y dejando aparte la categoría de las obligaciones *ex lege*, las obligaciones de la Hacienda Pública pueden nacer, en primer lugar, del negocio jurídico, entendido como aquel acto jurídico dirigido de forma inmediata a producir un efecto jurídico para el cual es decisivo y regulador el contenido de la voluntad, dentro de los límites que el ordenamiento establece siendo sus efectos calificados como *ex voluntate*.

Dentro del negocio jurídico, encontraremos, sin duda, al contrato (privado o administrativo, en los términos examinados en otro lugar³¹), y también el llamado convenio administrativo, como supuesto de negocio jurídico-administrativo bilateral al margen de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, así como supuestos de voluntad unilateral de la Administración, siempre que la misma sea decisiva y reguladora de los efectos del acto. Dicha voluntad unilateral de la Administración puede venir completada con un consentimiento del administrado, que, no obstante, no es decisivo ni regulador del contenido o efectos del acto jurídico, lo que se conoce como acto-condición.

Por lo que se refiere ya a los actos y hechos que, según Derecho, generen obligaciones para la Administración, podemos encuadrar aquí, en primer lugar, los llamados cuasicontratos. A tenor del artículo 1887 CC, «son cuasicontratos los hechos lícitos y puramente voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados», si bien el término recíproca no se utiliza en sentido técnico. Con todo la mayoría de la doctrina y las legislaciones más modernas han negado a la figura del cuasicontrato sustantividad propia, reconduciéndola al ámbito de las obligaciones *ex lege* en relación con la obligación de resarcir el enriquecimiento sin causa. Como señala CAMBI³², «el cuasicontrato como categoría autónoma de fuente obligacional, ha sido duramente

³¹ GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Contratos administrativos y privados ante la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid* n.º 5, noviembre-diciembre 1999, págs. 21 y ss.

³² Ob. cit., págs. 97 y ss.

criticado. La doctrina en forma prácticamente unánime rechaza esta noción por su carácter híbrido, residual, sin contornos precisos, «responde a concepciones jurídicas que la doctrina moderna modificó... En realidad, bien analizados los casos agrupados en la noción de cuasicontrato, advertimos que las obligaciones que de ellos derivan, o bien surgen directamente de la ley... o bien su fundamento estriba en razones de equidad o de enriquecimiento sin causa... o también puede encontrarse su razón en la voluntad unilateral del obligado. Lo cual hace innecesario, por sobreabundante, mantener una categoría cuyos elementos se superpongan con los de otras, y que contemple situaciones harto distintas».

Debe considerarse aquí también la responsabilidad extracontractual de la Administración, la tradicional responsabilidad aquiliana recogida en el artículo 1902 y concordantes del Código Civil, pero que para la Administración cuenta con una regulación especial, que abordaremos en la última parte de este libro. Y, cercana a ella, cabe citar la responsabilidad civil de la Administración derivada de delito o falta, a que se refiere el artículo 121 del Código Penal³³.

En suma, esos «actos y hechos que, según Derecho, generen obligaciones para la Administración», acogida por la LGP, como *varias causarum figuris*, junto a la Ley y al negocio jurídico, incluyen, básicamente, tanto la responsabilidad por daños como el enriquecimiento injusto; pues, como hemos visto, los demás supuestos de hechos o incluso actos jurídicos cuyos efectos vengan predeterminados *ex lege* pueden reconducirse al ámbito de las obligaciones derivadas de la Ley.

3. EL NEGOCIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

a) Los contratos y convenios de la Administración

El negocio jurídico creador de obligaciones es fundamentalmente, tanto en Derecho civil como en Derecho administrativo, el contrato, como acuerdo de voluntades por el cual los interesados se obligan a

³³ A tenor del artículo 121 CP: «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún

dar alguna cosa o prestar algún servicio (o se modifican o extinguen obligaciones), esto es, con efectos de orden patrimonial, al que se refiere el artículo 1254 del Código Civil, primero de los que regulan los contratos en dicho cuerpo legal, al señalar que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar lugar alguna cosa o prestar algún servicio».

Ahora bien, los términos contrato y convenio empleados en Derecho administrativo no coinciden con los utilizados en el ámbito jurídico-privado. En éste, como hemos visto, el término convenio es más amplio que el de contrato (o equivalente a éste en su sentido lato), como acuerdo de voluntades, mientras que el contrato en sentido estricto es el acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones, y, por ende, sólo el contrato es fuente de obligaciones. En cambio, en Derecho administrativo, por la existencia de una Ley reguladora de los contratos pero que deja aparte a los llamados «convenios», podemos distinguir: i) contratos en sentido estricto que, además, son considerados y regulados como contratos por la legislación correspondiente; ii) contratos en sentido estricto (que puede crear, modificar o extinguir obligaciones) que, sin embargo, son considerados convenios y quedan excluidos de la citada legislación (que MONEDERO GIL³⁴ llama «contratos públicos») y, en fin, iii) convenios que no son contratos sino más bien supuestos de acto-condición o en los que no se crea ni modifica ni extingue relación obligatoria alguna.

En efecto, los contratos de la Administración vienen regulados por la LCAP, y en su desarrollo el RGCAP. La LCAP (art. 3.1) excluye de su ámbito de aplicación determinados «convenios» administrativos, que se diferencian de los «contratos» de la Administración si bien, al menos en ocasiones, puedan englobarse en el concepto jurídico-civil —incluso estricto— de contrato y, desde luego, pueden subsumirse en el de negocio jurídico. Existen, asimismo, otros negocios jurídicos, como pueda ser la donación (si es que no se califica como contrato, según entiende un sector de la doctrina), o, en el ámbito administrativo, las subvenciones, cuyo carácter contractual o no contractual también es discutido, con diversas tesis al respecto, una de las cuales, dotada de apoyo en la jurisprudencia, las califica como donaciones modales.

Centrándonos en el contrato, las Administraciones Públicas, o las distintas entidades públicas en que estas se integran, al igual que las

caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria. Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario».

³⁴ Ob. cit., págs. 294 y ss.

demás personas físicas y jurídicas, pueden celebrar contratos, acuerdos de voluntades por medio de los cuales los interesados se obligan, o modifican o extinguen obligaciones preexistentes.

En este sentido, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ³⁵ apunta que «las Administraciones Públicas, al igual que los particulares, necesitan para la ejecución de sus programas la adquisición de bienes y servicios. Podrían abastecerse de ellos utilizando fórmulas de coacción o mediante sus propias fábricas, pero, generalizadamente, viene utilizando la técnica del contrato, contrato que modularán de acuerdo con una concepción del Derecho administrativo»; pero añade que «es precisamente esta modulación por el Derecho administrativo lo que ha hecho que las corrientes de pensamiento jurídico germánicas hayan llegado incluso a negar la existencia real de los contratos administrativos. Sólo puede hablarse, mantienen, o de simples contratos civiles suscritos por la Administración o los denominados «actos condición», según los cuales existe una típica categoría de actos cuyo matiz diferenciador se encuentra precisamente en que engloban un conjunto de prestaciones administrativas correlativas a la aceptación por la otra parte de una serie de obligaciones».

En efecto, como pone de manifiesto MONEDERO GIL³⁶, la aplicación de la figura del contrato a la Administración no ha dejado, históricamente, de encontrar resistencia, habiéndose intentado reconducir la contratación pública a la figura del acto, en cuanto el acto administrativo es manifestación unilateral del poder que ostenta la Administración y, por el contrario, el contrato es negocio bilateral, basado en el mutuo consenso y en la igualdad de poder de los individuos ante la Ley. La posición del jurista alemán Otto MAYER es la más clásica y representativa de esta opinión. «El contrato —afirma— es una categoría inaplicable al Derecho administrativo, pues entraña igualdad jurídica de las partes, y en cambio, la Administración actúa siempre en una posición de supremacía». Los autores que mantienen esta postura intransigente aceptan, sin embargo, el contrato privado de la Administración sobre la hipótesis tradicional de que cuando la misma los celebra actúa despojada de sus poderes y opera como una persona jurídica más, pero no aceptan en modo alguno que la Administración Pública como poder ejecutivo del Estado pueda suscribir verdaderos contratos con los particulares³⁷.

³⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, «Contratación administrativa y Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *Actualidad Administrativa* n.º 12, 1999, pág. 312.

³⁶ Ob. cit., págs. 83 y ss. y 252 y ss.

³⁷ Según apunta DELGADO PIQUERAS [La terminación convencional del procedimiento administrativo, Ed. Aranzadi, págs. 33 y ss.], es en Derecho alemán, por influencia de

Con todo, teorías más moderadas vinieron a aproximar los conceptos de acto y contrato. Así, JELLINEK configura el contrato como supuesto de acto administrativo bilateral, y JÉZE³⁸ distingue, dentro del acto administrativo complejo que constituye el pliego de condiciones del contrato de obras públicas, un acto general o reglamento y actos-condiciones, creadores de situaciones jurídicas individuales.

Sin embargo, no hay óbice para admitir el verdadero carácter de contrato del celebrado por la Administración, y hoy ya nadie duda que la Administración puede celebrar auténticos contratos, toda vez que «su elaboración supone una técnica estrictamente contractual... porque se pacta y concluye con la aceptación por el contratante de unas cláusulas que vienen prefijadas... (y) tiene como nota de fondo común con la ordinaria civil o mercantil la de ser, antes que nada, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y, en primer término aplicables³⁹, son las cláusulas» convenidas por las partes (STS 13-5-1982, Ar. 3394).

En este sentido, de acuerdo con GARRIDO FALLA⁴⁰, las objeciones opuestas a la posibilidad jurídica del contrato administrativo pueden resumirse del modo siguiente: «1.º El contrato postula la igualdad jurídica de las partes; ahora bien, entre la Administración y los particulares o las relaciones son de igualdad, y en este caso puede haber contrato, pero civil, o aquella aparece en posición de supremacía, y entonces no hay posibilidad de contrato. 2.º El contrato requiere la autonomía de la voluntad de las partes que se conciertan; ahora bien, por lo que a la Administración toca, su voluntad es normativa o reglada, y por lo que se refiere al supuesto contratante privado, se limita a aceptar o rechazar (sin libertad para otra cosa) las condiciones reglamentarias impuestas. 3.º Finalmente, la imposibilidad de los contratos administrativos derivaría cabalmente de que los objetos sobre que versan están fuera del comercio».

Sin embargo, frente a ello, el mismo autor estima que estas objeciones no son insuperables: «a) Por lo que se refiere a la desigualdad de las partes que se da en el contrato administrativo, no llega a ser tan importante como para negar la idea contractual; es cierto que la

MAYER, donde primero y de manera más radical surge una oposición dogmática a la figura del contrato de Derecho público —*öffentlicher Vertrag*—, contagiando con sus prejuicios a toda la cultura inspublicista continental, lo que es especialmente aplicable al Derecho italiano, cuyo paralelismo en este punto con el alemán es meridiano, sin perjuicio de aportaciones propias.

³⁸ Cfr. JÉZE, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.

³⁹ Cfr. art. 4 LCAP.

⁴⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho administrativo*, II, 10.ª ed., págs. 40 y ss.

Administración conserva una mayor libertad respecto de la relación..., mas esta peculiaridad es cabalmente la que justifica que el contrato sea administrativo y no privado. *b)* Por lo que se refiere a la falta de autonomía de la voluntad de las partes, ni la pretendida voluntad normativa de la Administración impide a ésta concluir un contrato... ni el particular frente a ella se encuentra en condiciones más precarias de elección que cuando concluye uno de los muchos contratos de adhesión que conoce el Derecho privado. *c)* Finalmente, por lo que toca a la intransferibilidad del objeto del contrato administrativo, estamos realmente ante una objeción sofisticada: el dominio público y el servicio público están fuera del comercio de los particulares; pero la disponibilidad de la Administración sobre estos objetos... es obvia». Y, en suma, «puede servirnos como criterio práctico de distinción [entre el contrato y el acto sujeto a aceptación] el siguiente: ¿los derechos del particular que se relaciona con la Administración Pública están predeterminados en un reglamento anterior o derivan concretamente de las cláusulas pactadas con la Administración?».

En suma, a nuestro juicio, no hay óbice para considerar el contrato administrativo, y no sólo el contrato privado de la Administración, como verdadero contrato, que es un negocio jurídico bilateral (y patrimonial), que integra un acto jurídico o declaración de voluntad de la Administración, sujeta al Derecho administrativo.

En realidad, no debe contraponerse el acto administrativo al contrato. El contrato administrativo es un acto administrativo, un acto jurídico en el que necesariamente es parte la Administración y queda sujeto al Derecho administrativo. A menudo, la doctrina recoge la definición de ZANOBINI, según la cual el acto administrativo es «toda manifestación de voluntad, de deseo, de conocimiento, o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa»; pero ello es compatible con la concurrencia de otras declaraciones de voluntad, dando lugar a un acto bilateral, en el que necesariamente interviene la Administración pero no excluye la intervención de otros sujetos.

Esta concepción se halla plenamente acogida por nuestra legislación vigente. Efectivamente, en nuestro Derecho, no sólo se admiten y regulan los contratos privados de la Administración sino también los contratos administrativos, regidos por el Derecho administrativo pero con una base contractual común a los contratos privados, como resultaba ya de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y ratifica la vigente LCAP. Asimismo, la LAP, redactada en este punto por la Ley 4/1999, considera que el acto que pone fin a la vía administrativa puede ser una resolución (unilateral) o también un acuerdo, pacto, convenio o contrato (art. 109 LAP), lo que concuerda con la Ley de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, que considera como impugnables ante lo contencioso-administrativo «los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones Públicas» (art. 2 b) LJCA).

Con todo, como advierte MONEDERO GIL⁴¹, la configuración del contrato del Estado, de los entes públicos, admite diversas configuraciones, desde una tesis puramente civilista, considerando una figura unitaria la del contrato, propia del Derecho civil, y en la que se inserta el contrato público; pasando por la doctrina que admite los contratos administrativos con sustantividad propia pero dentro del esquema de los contratos civiles; hasta la admisión de los contratos públicos, con un enfoque autónomo del Derecho civil en cuanto a sus requisitos y efectos.

Además, esta pluralidad de soluciones doctrinales se conjuga con una pluralidad de sistemas en Derecho comparado.

En Derecho anglosajón, de *Common Law* (Estados Unidos y Reino Unido, principalmente), rige la libertad de negociación en la contratación pública sin diferencia con la privada, y, en este sentido, se ha afirmado que «cuando los Estados Unidos entran en relaciones contractuales, sus derechos y deberes se gobiernan generalmente por la misma ley aplicable a los individuos privados» (Lynch vs. Estados Unidos, 1934), si bien existen ciertas particularidades, como la exigencia de competencia para contratar, sin la cual el contrato *ultra vires* no obliga a la Administración, la aplicación de la rescisión por lesión por asimilación entre la Administración y el menor de edad, la no compensación de créditos contra el Estado, la inoponibilidad de la negligencia de los empleados públicos a efectos de prescripción y la prohibición de ejecución (*injunctions*) contra el Estado, y, modernamente, complejas reglamentaciones de la contratación pública⁴²; a lo que en el Reino Unido se añade la influencia del Derecho comunitario, a través de la Directivas relativas a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, todo lo cual ha acercado este sistema al de los países europeos continentales. Por su parte, en Estados Unidos, existen unos tribunales administrativos (*Boards of Contract Appeals*), con funciones cuasijurisdiccionales (*judicial capacity*) y limitada revisión jurisdiccional⁴³.

⁴¹ Ob. cit., págs. 102 y ss.

⁴² Así, en el Reino Unido son aplicables las normas de contratación de cada ente (*Standing Order*) y también las fijadas por *Central Guidance on Purchasing Policy*; y en los Estados Unidos son aplicables las llamadas *Federal Acquisition Regulations* o *Federal Procurement Regulations*.

⁴³ Cfr. ARINO ORTIZ, Gaspar, «Contrato del Estado y Common Law», como prólogo al libro de MONEDERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Ob. cit., págs. 7 y ss.

En el sistema alemán, la contratación pública se somete a una normativa específica, pero goza de gran libertad y flexibilidad, siendo el procedimiento un cauce indicativo⁴⁴. Tras ser superada doctrinalmente la tesis negadora del contrato de la Administración, la Ley alemana de Procedimiento Administrativo de 1976 admite, junto al acto administrativo unilateral y el contrato celebrado por la Administración con arreglo al Derecho privado, el contrato de Derecho público, al admitir que «una relación jurídica en el ámbito del Derecho público puede ser constituida, modificada o extinguida mediante contrato, siempre que una norma jurídica no prescriba lo contrario». La diferencia entre contrato de Derecho público y privado radica en su objeto (derechos y obligaciones) y determina la competencia de órganos jurisdiccionales diferentes (administrativos y civiles, respectivamente⁴⁵).

Por su parte, en Francia⁴⁶ y en la mayoría de los países latinos, como España, se sigue un procedimiento rígido de contratación y se atribuye el conocimiento del contrato administrativo a una jurisdicción especializada, la contencioso-administrativa. Con ello, al tiempo que se regulan minuciosamente los requisitos de los contratistas, la adjudicación de los contratos y los efectos de éstos, se les ofrece a los contratistas y, en general, licitadores unas mayores garantías y seguridad jurídica.

En nuestro Derecho, siguiendo el Derecho francés, la figura del contrato del Estado nace superponiendo el contrato administrativo al esquema propio del contrato civil. Por ello, la jurisprudencia estima que los contratos públicos y privados tienen una «común plataforma sustentadora, constituida por la elaboración iuscivilística del contrato» (STS 11-5-1982, Ar. 2566, y 7-11-1983, Ar. 5959), de suerte que «la contratación administrativa no es otra cosa que una especialidad típicamente superpuesta y sistemática ligada a los principios informantes del régimen general de los contratos establecidos en el Código Civil» (STS 10-10-1979, Ar. 3447); habiendo declarado también que «el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado pues responde claramente a un esquema

⁴⁴ Así, en Alemania, las *Verdingungsordnung für Bauleistungen* son fijadas por un organismo paritario (DVA), y no son ley ni reglamento pero son fielmente seguidas en la práctica contractual administrativa.

⁴⁵ Cfr. DELGADO PIQUERAS, Francisco, *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Ob. cit., págs. 43 y ss.

⁴⁶ Cfr. Code des marchés publics, Instruction pour l'application du Code des marchés publics y Guide à l'intention des maîtres d'ouvrage et des maîtres d'œuvre, siendo los dos últimos textos elaborados por la Comisión Central de los Mercados, órgano semejante a nuestra Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

contractual común elaborado por el Derecho civil y ello justamente permite invocar con carácter supletorio la doctrina establecida en el Código Civil» (STS 18-4-1988, 28-5-1988, 30-9-1988 y 20-12-1988, Ar. 3089, 3972, 7284 y 10046).

Con todo, como pone de manifiesto MONEDERO GIL⁴⁷, el contrato administrativo no constituye «una simple gama de peculiaridades», «No basta... con poner de relieve las diferencias que manifiestan frente a los sinónimos civiles; es necesario examinarlos como figura contractual autónoma, dotada de amplias facetas, y tratar de comprenderlas tal como es y no por mero contraste con el esquema del Derecho común, que, sin embargo, debe continuar siendo la raíz indiscutible de nuestra institución». A ello añade que el contrato administrativo no debe enfocarse exclusivamente «como modalidad más o menos sustantivada del contrato civil», aplicando la ciencia civil y traduciendo a ésta todos los rasgos y circunstancias que rodean a los contratos administrativos; sino también como «modalidad peculiar del acto [o actuar] administrativo»⁴⁸, desde el prisma del Derecho administrativo, explicando el contrato administrativo a través de sus principios⁴⁹. A lo cual cabe añadir también la perspectiva presupuestaria, no olvidada por el citado autor y a la que nos hemos de referir más adelante.

Por lo demás, interesa apuntar que la fuente que estamos considerando —el contrato de la Administración—, puede ser privada o administrativa pero, en todo caso, se aparta del contrato puramente privado, celebrado entre particulares. En efecto, en principio, todos los contratos de las Administraciones Públicas españolas, sean administrativos o «privados», quedan sujetos a la LCAP (salvando ciertos

⁴⁷ Ob. cit., págs. 247 y ss.

⁴⁸ Y de este modo lo define, Ob. Cit., pág. 251, como el «acto de la Administración dictado por un órgano competente para obligar al Estado, que, incorporando el consentimiento interesado de una persona manifestado en el procedimiento de generación de aquél, crea un vínculo de derechos y obligaciones económicas entre las partes amparado por el Derecho administrativo».

⁴⁹ En esta línea, MONEDERO GIL [Ob. cit., págs. 254 y ss.] trata de explicar el contrato administrativo desde el punto de vista del acto administrativo, como un acto unilateral de la Administración, al que presta su consentimiento el empresario, de modo que «ante la proposición del contrato que formula el particular, el órgano responderá no con un acto voluntario de aceptación sino con un acto administrativo de aprobación, que no es mera aceptación, sino constitutivo *ex lege* de la obligación contractual». Por el contrario, entendemos, de acuerdo con la doctrina moderna, que debe admitirse la verdadera aplicación de la categoría del contrato al Derecho administrativo (aunque, en todo caso, el contrato es un acto jurídico, y, en este caso, un acto administrativo, de carácter bilateral). De hecho, el propio autor reconoce que en el Derecho civil también se puede construir un fenómeno jurídico contractual similar al que se produce en el marco de los contratos del Estado, considerando, en este sentido, el contrato de adhesión suscrito en atención a condiciones generales rígidas.

negocios excluidos de la misma, *ex art. 3*), sin perjuicio de que esta sujeción no sea igual para todos los contratos, pues, como resulta de los artículos 5, 7 y 9 de la misma, la aplicación de la ley a los contratos privados de la Administración se limita a su preparación y adjudicación, mientras que, en relación con los contratos administrativos, se extiende, además, a su contenido y efectos. No hay pues contratos totalmente privados de la Administración.

b) Ausencia de contrato: el empleo de «medios propios»

Como hemos señalado anteriormente, las Administraciones Públicas, al igual que los particulares, necesitan disponer de determinados bienes y servicios. Podrían abastecerse de ellos utilizando fórmulas de coacción o mediante sus propias fábricas, pero, generalizadamente, emplean la técnica del contrato.

La propia LCAP se refiere al supuesto de utilización de medios propios de la Administración para distintos contratos. Así, en los casos establecidos por la misma, la ejecución de obras y la fabricación de bienes muebles pueden verificarse por la propia Administración, ya sea a través de sus servicios, con sus medios personales y reales, o mediante la colaboración de empresarios particulares siempre que su importe no supere el límite establecido en la Ley. En este último caso, los contratos de colaboración tendrán carácter administrativo pero no constituirán contratos de obras (arts. 152 y 194 LCAP).

En principio, cuando la Ley habla de los propios servicios de la Administración, como medios personales y materiales, parece entenderse, como indica SOSA WAGNER³⁰, en el sentido de organizaciones sin personalidad jurídica, de meros órganos gestores, como han entendido GARCÍA DE ENTERRÍA³¹ y VILLAR PALASÍ³². Sin embargo, como expone el propio SOSA WAGNER no es corriente que la Administración tenga auténticas fábricas o talleres, y «sería posible pensar que, cuando la Ley habla de esas fábricas o arsenales, se está refiriendo también a organismos autónomos de carácter comercial o industrial o incluso a sociedades mercantiles de capital íntegramente público», caso en que «no se está contratando propiamente», toda vez que «las sociedades públicas, como los organismos autónomos, son

simples opciones de organización y el reconocimiento de una personalidad jurídica lo es sólo a efectos auxiliares o instrumentales, pero en modo alguno puede ostentar la consideración de terceros de la Administración contratante». Así en los servicios públicos, la gestión mediante sociedad de capital íntegramente público es considerada como gestión directa, a la que no se aplica la LCAP (art. 154 LCAP). «Y es que estas sociedades están incardinadas en el tejido mismo de la Administración, al formar parte de su propio dispositivo organizativo. Si tienen reconocida una personalidad jurídica, es únicamente para acomodarse mejor al fin del que sólo son un instrumento o medio pues la atribución de una personalidad jurídica independiente es, en estos casos, tan sólo una herramienta que ni significa ni puede implicar la desvinculación de la sociedad de la entidad pública de que trae causa: estamos sólo y exclusivamente, pues, ante una forma de organización más, de ahí, que se deban considerar, en rigor, a estas entidades como algo propio de la Administración». Y todo ello porque «mal parada saldría la eficacia administrativa... si se exigiera que, para la fabricación de determinados bienes, la Administración debiera promover un concurso público cuando tiene los instrumentos pertinentes para llevarlos a cabo».

Sin embargo, a nuestro juicio, no puede defenderse, con carácter general, que esos propios servicios de la Administración puedan ser entes con su propia personalidad jurídica (pues el posible levantamiento del velo de la personalidad jurídica no es una facultad sino más bien una sanción, entendido este concepto en sentido amplio).

A este respecto, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 40/1984, de 28 de febrero de 1985, concluye que «a los organismos autónomos y sociedades estatales... no les resulta de aplicación, en sus relaciones con la Administración del Estado, los preceptos de la Ley y Reglamento de Contratos del Estado, relativos a la ejecución de obras y fabricación de muebles por la Administración, [por lo que el objeto pretendido debe perseguirse] bien a través de convenios de cooperación con entes públicos, excluidos de la legislación de contratos del Estado, bien a través de verdaderos y propios contratos de obras y suministro con sociedades mercantiles estatales, con observancia en este último caso de los requisitos exigidos por dicha legislación».

En principio, por tanto, las previsiones de la LCAP antes señaladas deben entenderse referidas al supuesto de que la propia Administración disponga de servicios propios, integrados en ella misma, pero, mediante diversas leyes, se han venido a calificar ciertas sociedades públicas como medios propios de la Administración, con exclusión de una relación contractual. De este modo, tales sociedades mercantiles

³⁰ SOSA WAGNER, Francisco, *El contrato público de suministro*, Ed. Civitas, págs. 87 y ss.

³¹ «Dos regulaciones orgánicas en la contratación administrativa», *Revista de Administración Pública* n.º 10, 1953, pág. 254.

³² *Lecciones sobre contratación administrativa*, VILLAR PALASÍ y ARIÑO ORTIZ, págs. 118 y ss.

de capital público actúan por cuenta de la Administración, en tanto reciben legalmente tal condición de medio propio.

Este es el caso del artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que otorga a la empresa pública TRAGSA la calificación de medio propio de la Administración estatal y, en su caso, autonómica⁵¹ (aunque no la local como precisa el informe 46/98, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva); la disposición adicional segunda de la Ley 53/1999, conforme al cual «la Sociedad Estatal de Gestión Inmobiliaria de Patrimonio, S. A. (SEGIPSA), cuyo capital social deberá ser de titularidad pública, tendrá la consideración de medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, y estará obligada a realizar los trabajos que le encomiende la Administración General del Estado y sus organismos y entidades de Derecho público y las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social»; y el artículo 67 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, respecto de la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas Civiles (SENASA).

En particular, el artículo 88.4 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, dispone que «TRAGSA, como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración, está obligada a realizar (...) los trabajos que le encomienden la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los organismos públicos de ellas dependientes, en las materias que constituyen el objeto social de la empresa (...)»; y, en virtud de lo prevenido en el apartado cinco de dicha disposición «ni TRAGSA ni sus filiales podrán participar en los procedimientos para la adjudicación de contratos convocados por las Administraciones Públicas de las que sea medio propio». Pues bien, la relación jurídica que media entre TRAGSA y las Administraciones estatal y autonómicas, cuando la primera presta servicios a las segundas, no entra dentro del supuesto de contratación por cuanto: i) TRAGSA, aunque es una entidad formalmente distinta (goza de personalidad jurídica propia), no es autónoma respecto de la Administración desde un punto de vista decisorio, y ii) no existe contrato entre ambas entidades sino una actuación de TRAGSA obligatoria y derivada de una orden de la Administración. Ambas cuestiones se hallan entrelazadas. TRAGSA y la Administración no celebran contrato alguno. La segunda ordena a la primera realizar ciertos trabajos y la primera está obligada a ejecutar dicha orden, y en la ejecución de la

⁵¹ A juicio de SOSA WAGNER para ello el Estado puede concluir con la Comunidad Autónoma un convenio o constituir un consorcio, conforme a los artículos 6 y 7 LAP. Un criterio diverso fue sostenido, por ejemplo, por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, para los que ser medio propio implica propiedad, siquiera parcial o conjunta, por lo que se estimó indispensable contar con una participación en el capital de la sociedad.

orden la Administración goza de control sobre TRAGSA. Conforme al artículo 1261 del Código Civil, «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes...». Y a tenor del artículo 1262 del mismo cuerpo legal «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato». Pues bien, TRAGSA ni ofrece, ni acepta, ni, por tanto, consiente el establecimiento de una determinada relación jurídica sino que ésta surge de la orden unilateral de la Administración autonómica.

En efecto, la concurrencia de voluntades constituye el presupuesto de cualquier relación contractual. Como señala el Abogado General ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sus conclusiones del asunto Teckal, al que luego nos referiremos, «la Directiva se aplica... cuando existe un concurso de voluntades entre dos personas diferentes», «un concurso de voluntades de personas distintas, esencialmente independientes, que representan intereses jurídicos diferentes».

En cambio, tal y como se indica literalmente en el apartado 2 del artículo 3 del Real Decreto 371/1999, de 5 de marzo, «TRAGSA y sus filiales están obligadas a realizar los trabajos y actividades que le sean encomendados por la Administración... como su medio propio instrumental y servicio técnico, en las materias que constituyen su objeto social», a lo que añade el apartado 6 del mismo artículo que «las relaciones de TRAGSA y sus filiales con las Administraciones Públicas en su condición de medio propio y servicio técnico tienen naturaleza instrumental y no contractual, por lo que a todos los efectos son de carácter interno, dependiente y subordinado». Es más, como establece el artículo 4.7 del propio Real Decreto, «las nuevas tarifas, la modificación de las existentes y los procedimientos, mecanismos y fórmulas de revisión, serán aprobadas por cada una de las Administraciones Públicas de las que TRAGSA y sus filiales sean medio propio y servicio técnico», lo cual no se compadece con una relación contractual.

A mayor abundamiento, como dispone el artículo 88.1 de la Ley 66/97, TRAGSA «cumple servicios esenciales en materia de desarrollo rural y conservación del medioambiente», y en tales materias, en virtud de los Estatutos de Autonomía y los Reales Decretos de transferencias a favor de las Comunidades Autónomas, éstas gozan de importantes competencias, que antes pertenecían al Estado. Por tanto, dentro de su ámbito territorial y competencial, la relación de dependencia funcional que media entre las Comunidades Autónomas y TRAGSA es la misma que mediaba entre el Estado y TRAGSA, y que

sigue mediando en las competencias que se ha reservado el Estado.

En suma, estamos ante una relación puramente interna, dependiente y subordinada, que nace de una orden de la Administración, de obligado cumplimiento para TRAGSA, sin que ésta deba prestar consentimiento alguno sino sólo acatar la orden, y en la que se aplican unas tarifas que deben ser aprobadas por la Administración correspondiente. No hay, por ende, contrato alguno ni autonomía de TRAGSA desde un punto de vista decisorio.

Por ello resulta lógica, por otra parte, la previsión del artículo 88.7 de la Ley 66/1997, redactado por la Ley 53/2002, conforme al cual «los contratos de obras, suministros, consultoría y asistencia y servicios que TRAGSA y sus filiales celebren con terceros quedarán sujetos a las prescripciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativas a publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, siempre que la cuantía de los contratos iguale o supere la de las cifras fijadas» en la LCAP para la publicidad en el ámbito comunitario. Y corresponderá al ministro de Agricultura, Pesca y Alimentación resolver las reclamaciones sobre actos de preparación y adjudicación de estos contratos, adoptar las medidas cautelares procedentes y fijar indemnizaciones, y sus resoluciones pueden ser impugnadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, puesto que si TRAGSA constituye un medio propio de la Administración, los contratos que celebre con terceros como tal vienen a entenderse celebrados por la Administración, aunque la norma citada sólo lo refiere a los casos en que se alcance el umbral de publicidad comunitaria.

De hecho, la cuestión se ha planteado también en el ámbito comunitario, en relación con la aplicación o no de las Directivas sobre contratación pública. A este respecto, la llamada doctrina *in-house* hace referencia a la exclusión del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública de aquellos supuestos en los que una entidad adjudicadora utiliza sus propios recursos para el suministro de productos, desarrollo de obras o prestación de los servicios que desea, por no concurrir en estas circunstancias la existencia de dos manifestaciones de voluntad diferenciadas y, por ende, de un contrato a título oneroso, presupuesto básico para poder someter una relación a cualquiera de las Directivas que regulan la contratación pública en Europa.

En esta línea, es esencial la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de noviembre de 1999, dictada en el asunto Teckal (C-107/98), la cual estima que «la Directiva 93/36/CEE

del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto de ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos...», doctrina que podría extenderse, *mutatis mutandis*, a otros contratos administrativos sujetos a las Directivas comunitarias.

Los requisitos necesarios para considerar que en un supuesto determinado la Administración está utilizando sus propios recursos y que la relación que establece con el ente que va a llevar a cabo un determinado encargo no excede los límites de una relación administrativa interna y no constituye, por ello, una relación contractual, han sido precisados por la citada Sentencia Teckal en el sentido de que cabe presumir la inexistencia de la relación contractual a título oneroso —lo que determina la no aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratación pública— cuando: i) la entidad adjudicadora que realiza el encargo ejerce un control sobre el ente que va a llevarlo a cabo, de naturaleza análoga al que ejerce sobre sus propios servicios en el plano decisorio; y ii) dicho ente realiza la mayor parte de su actividad para la entidad adjudicadora que la controla.

A mayor abundamiento, esta tesis resulta reforzada por una interpretación a contrario del tenor de la Sentencia del propio tribunal comunitario de 7 de diciembre de 2000, dictada en el asunto ARGE (C-94/99), en la que al remitirse en bloque a la sentencia Teckal, el TJCE lo hace en los siguientes términos:

«A todos los efectos, procede subrayar que el Tribunal de Justicia examinó una cuestión similar en su sentencia de 18 de noviembre de 1999, Teckal (C-107/98, Rec. p. I-8121), respecto de la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DO L 199, p. 1). El Tribunal de Justicia declaró que dicha Directiva es aplicable cuando una entidad adjudicadora, como un ente territorial, proyecta celebrar por escrito, con una entidad formalmente distinta de ella y autónoma respecto a ella desde el punto de vista decisorio, un contrato a título oneroso que tiene por objeto el suministro de productos, independientemente de que dicha entidad sea o no, en sí misma, una entidad adjudicadora».

No obstante, la traducción francesa de la Sentencia Teckal ha llevado a ciertos sectores a opinar que el nivel de control exigido por el Tribunal en aquella sentencia implica, en los supuestos en los que el

encargo es ejecutado por medio de sociedades mercantiles de capital público, no sólo el sometimiento de las mismas a la decisión de la Administración sino también que dicho control esté basado en la propiedad. Sin embargo, dicha interpretación es discutible. Por una parte, la participación accionarial del ente que realiza el encargo sobre el ente a quien se encomienda su ejecución cuando este último adopte una forma societaria, no figura en el razonamiento en el que el Tribunal sustenta el fallo dictado en el asunto Teckal. Por otra, este aspecto fue valorado únicamente por el Abogado General Georges Cosmas en sus conclusiones como un elemento más a tener en cuenta a la hora de determinar el grado de control existente entre el municipio de Viano (ente que realiza el encargo) y la AGAC (ente ejecutor). Dicho elemento fue, asimismo, considerado por el Abogado General Sigbert Alber en sus conclusiones presentadas en el asunto C-108/98 RISAN, tras establecer que el elemento decisivo para determinar si el municipio en cuestión e Ischia Ambiente SpA formaban parte de la misma Administración Pública radicaba en la influencia que tuviera la Administración sobre la sociedad.

Sin duda, en supuestos en los que como en los citados estamos ante personificaciones de la Administración que adoptan una forma jurídico-privada el grado de participación de la Administración en el capital social es un elemento a tener en cuenta, puesto que la mayoría del capital social es uno de los instrumentos determinantes del control requerido para que concurren los presupuestos fijados en la sentencia Teckal. No obstante en ningún caso puede ser considerado un elemento decisivo y necesario, un requisito *sine quae non*, sino más bien un elemento más de los que permiten justificar la existencia de dicho control.

Por supuesto, en los supuestos en los que la participación del Estado en el capital social alcanza el 100% (p. ej. asunto RISAN), tal participación es un elemento determinante puesto que permite presumir que lleva aparejado el control sobre el programa de actividades y sobre las decisiones de la empresa, incluso desde la mera aplicación del Derecho privado. Pero este razonamiento no puede aplicarse, sin más, a *sensu contrario*, toda vez que la Administración matriz puede ejercer su control en el plano decisorio y, en particular, sobre el programa de actividades de un ente que adopte una forma jurídico-privada para actuar como ente instrumental y personificación de la misma, incluso sin estar en posesión de una sola de sus acciones, y ello en virtud de disposiciones reglamentarias, mecanismo ordinario al que se recurre para arbitrar la relación entre la Administración y sus entes instrumentales.

En conclusión, a nuestro juicio, no debe añadirse la propiedad o participación accionarial a los requisitos proclamados por la Sentencia

Teckal para considerar que la Administración matriz controla al ente que la personifica, aun cuando éste adopte una forma jurídico-privada. La propiedad no constituye un elemento esencial o necesario (aunque sí útil y, en ocasiones, determinante) para establecer la existencia de control, ni siquiera en las relaciones estrictamente privadas. Antes al contrario, el control deriva de la facultad de ejercer una influencia decisiva sobre la actividad y estrategia de la empresa, con independencia de cuál sea la fuente de la que dicha facultad emana.

c) Actos-condición y simples actos unilaterales

Al margen de los contratos, entendidos en sentido estricto o amplio, nos encontramos con llamados actos-condición, en los que existe una declaración de voluntad administrativa, sujeta a la aceptación por la otra parte de una serie de obligaciones.

En estos supuestos no puede hablarse de contrato ni siquiera de convenio, pues no hay acuerdo de voluntades, únicamente el asentimiento y vinculación especial del particular, cuya voluntad no concurre con la de la Administración sino que se manifiesta en un plano diferente. El contenido de la voluntad de la Administración puede ser decisivo y regulador para la determinación de los efectos del acto, pero no el del particular.

Es más, debe admitirse la simple voluntad unilateral de la Administración como fuente de obligaciones (Cfr. arts. 56 y 93 y ss. LAP³⁴), y estas obligaciones tendrán carácter negocial, en la medida en que la voluntad de la propia Administración sea decisiva y reguladora, esto es, sus efectos puedan considerarse *ex voluntate*, lo que exige un ámbito de autonomía de la voluntad o, en términos jurídico-administrativos, de discrecionalidad³⁵.

³⁴ Conforme al artículo 56 LAP: «los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley». Dichos actos pueden contener una obligación de los particulares, cuya ejecución regulan los artículos 93 y ss. LAP, o también una obligación de la propia Administración. Así, el artículo 30.2 LJCA prevé que «cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado» que la propia Ley Jurisdiccional regula.

³⁵ El ordenamiento jurídico prevé unas veces en todos sus aspectos la actividad de la Administración y otras, la mayoría, no ocurre así. Se contraponen, de este modo, la actividad administrativa reglada y la actividad discrecional. La potestad administrativa es reglada cuando la Ley que la atribuye determina exhaustivamente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la misma. En cambio, una potestad es discrecional cuando el ordenamiento jurídico no establece cuándo, cómo o en qué sentido debe ejercitarse; lo que puede deberse a que no exista una ley que regule estos aspectos o a que, existiendo, permita la discrecionalidad en aras de una mayor eficacia administrativa.

d) Supuestos cuyo carácter contractual ha sido discutido: funcionarios, subvenciones, concesiones demaniales y deuda pública

Vamos ahora a hacer referencia a ciertos supuestos cuyo carácter contractual o no ha sido debatido, como es el caso de la relación funcional, respecto a la cual, sin embargo, existe prácticamente acuerdo en negar su carácter contractual, y con mayores discrepancias, las subvenciones, las concesiones demaniales y la deuda pública, lo que, como toda discusión sobre la naturaleza jurídica de una determinada institución o figura, no es puramente teórica sino que conlleva la aplicación de unas u otras normas y principios.

i) La relación funcional

La categoría de acto-condición es la que se suele entender aplicable a la relación de empleo entre la Administración y el funcionario (Cfr., entre otras muchas, STS 28-11-1990, Ar. 10121; y 30-6-1990, Ar. 8962), excluida expresamente de la LCAP por su artículo 3.1 a):

A este respecto, BUSTILLO⁵⁶ advierte que «la posibilidad configuradora de una concreta relación o situación jurídica que el ordenamiento deja en manos de las partes es el dato que mejor permite caracterizar e identificar al negocio jurídico y al contrato como categorías jurídicas y, de hecho, es el criterio que partiendo del análisis de nuestro propio ordenamiento comienza a descollar en la moderna doctrina iusprivatista española. ¿Cómo explicar de otra forma, por ejemplo, que una relación laboral nazca de un contrato y una relación funcional no, cuando en ambos casos las partes implicadas de una u otra forma manifiestan su voluntad de vincularse jurídicamente?». Precisamente por el carácter decisivo y regulador del contenido de la voluntad, que en el contrato de trabajo es fuente del mismo (art. 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores), mientras que el contenido de la relación funcional viene determinado por las leyes y reglamentos y queda al margen de la voluntad de las partes, de modo que la obligación de pago de las retribuciones correspondientes no es una obligación negocial ni, por ende, contractual.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1993 (Ar. 2803), con cita de la del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, «el funcionario que ingresa al servicio de la Administración se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y

⁵⁶ BUSTILLO BOLADO, Roberto O., *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Ed. Aranzadi, pág. 108.

reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, consecuentemente, pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que se está disfrutando porque ello se integra en las determinaciones unilaterales lícitas del legislador», a lo que agrega que «la doctrina jurisprudencial consolidada en materia de derechos funcionariales viene manteniendo que, frente al poder organizatorio de la Administración, no pueden esgrimirse con éxito más que los derechos que, por consolidación, hayan desembocado en la condición de adquiridos⁵⁷, concretados en los de orden económico y los relativos al contenido de la función a desarrollar, pero que no cabe alegar cuando entran de lleno en la «potestas variandi» de la Administración dado que la relación funcional es resultado de un acto-condición por virtud del cual el funcionario queda sujeto a un *status* legal y reglamentario sometido, en cualquier momento, a la posibilidad innovadora de la Administración, que puede limitar así su situación anterior».

En suma, la no aplicación de la LCAP se trataría aquí de una mera aclaración y resultaría imprecisa la rúbrica del precepto, «negocios y contratos excluidos», al no revestir carácter contractual la relación de servicio de los funcionarios públicos, sino derivarse de un acto unilateral de la Administración, aunque necesitado de aceptación. Esta relación resulta ontológicamente diversa de las relaciones contractuales y, desde luego, sujeta a normas distintas, como la Ley de medidas para la reforma de la función pública, de 2 de agosto de 1984, o la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (así como las correspondientes legislaciones autonómicas). En cambio, queda excluida la aplicación del Estatuto de los Trabajadores [art. 1.3 a)].

Con todo, MONEDERO GIL⁵⁸ defiende el «contrato de función pública», como supuesto de contrato público, figura a la que ya nos hemos referido, y sostiene que «se trata, inicialmente, de un arrendamiento de servicios», pero admite que «sea la Ley quien defina la situación jurídica de las partes, tanto en defensa del buen funcionamiento de la Administración como en bien de la seguridad del funcionario» y que «la posible modificación de los derechos y obligaciones que nacen del contrato, en sus aspectos económicos o de servicio,

⁵⁷ En particular, según las SSTC 108/1986, de 28 de junio, 99/1987, de 11 de junio, y 70/1988, de 19 de abril, no existe un derecho adquirido a que una regulación, como la fijación de la edad de jubilación de los funcionarios, se mantenga, sólo una expectativa de derecho.

⁵⁸ Ob. cit., pág. 294.

no pueden alcanzar a la reciprocidad sustancial de prestaciones que envuelve este negocio».

Si tienen carácter convencional, aunque no contractual, los pactos y acuerdos propios de la negociación colectiva de los funcionarios, regulados por la Ley de 12 de junio de 1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modificada por Ley de 19 de julio de 1990. Su artículo 35 distingue entre «acuerdos», que versarán sobre materias de la competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las entidades locales, que exigirán, para su validez y eficacia, la aprobación expresa y formal de estos órganos en su respectivo ámbito, y «pactos», que se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes. DELGADO PIQUERAS⁵⁹ entiende que esta diferenciación está justificada por la propia índole de los asuntos; y dado que los primeros versan sobre materias de competencia de órganos colegiados, parece lógico que se escinda la fase de negociación de la de aceptación de una oferta fijada en un documento previo. Además, el citado autor considera que ambos supuestos gozan de naturaleza contractual (*rectius* convencional), aunque otros le reconocen a los primeros un carácter normativo y sólo contractual o convencional al segundo, como CARRERA ORTIZ⁶⁰.

En fin, por supuesto, goza de carácter contractual la relación que liga a la Administración, como empleadora, y sus empleados que tengan la condición de personal laboral, pues en este caso la exclusión de la LCAP no obedece a la ausencia de naturaleza contractual sino al sometimiento a una rama distinta del ordenamiento jurídico (aun cuando sigan aplicándose algunos principios y reglas de Derecho público⁶¹).

ii) Subvenciones

A favor de la calificación de la subvención como contrato, la doctrina (p. ej. FIGUEIRA LOURO⁶²) advierte a menudo el paralelismo

⁵⁹ Ob. cit., pág. 124.

⁶⁰ CARRERA ORTIZ, Carlos, «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», *Revista Española de Derecho del Trabajo* n.º 38, 1989, págs. 269 y ss.

⁶¹ Cf. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «Actos administrativos separables del contrato de trabajo», *Tapia* n.º 74, enero-febrero de 1994.

⁶² FIGUEIRA LOURO, M., «Las subvenciones y los planes de inversiones», *Revista Española de la Vida Local*, n.º 123, 1962, pág. 372.

entre subvención pública y donación privada⁶³, siendo aquélla, sin excepciones, un contrato de tipo administrativo, toda vez que «es evidente que hay un acuerdo de voluntades entre dos personas, produciéndose en todo caso la aceptación de la persona subvencionada, que podría, desde luego, denegarla, con lo que la subvención no llegaría a perfeccionarse».

Fue NIEVES BORREGO⁶⁴ quien, en esta línea, conceptuó por primera vez la subvención como una donación modal de Derecho público⁶⁵, de modo que si la donación es un contrato también lo es la subvención, a lo que no resulta óbice que «el beneficiario en la subvención no fija su esquema contractual, sino que se limita a su solicitud y, en su caso, a la aceptación de las cláusulas originariamente predeterminadas», pues «no hay duda, sin embargo, de que el sub-

⁶³ Tradicionalmente, la doctrina (CASTÁN, ALBALADEJO, DE DIEGO) considera que la donación es un contrato. Por tanto, es un negocio tendencialmente traslativo del dominio, en cuanto sirve de título para su transmisión, mediante la tradición, conforme a la teoría del título y el modo. Es también un negocio bilateral, con dos partes, donante y donatario, ya que éste debe aceptar (arts. 618 y 630 CC), aunque sea un contrato unilateral, que sólo genera obligaciones para una de las partes. Pero, modernamente, un sector doctrinal (DÍEZ PICAZO, GULLÓN, PUIG BRUTAU, VALLET DE GOYTISOLO, LALAGUNA) estima que la donación es, o al menos puede ser en algunos casos, un negocio directamente traslativo del dominio; siendo un negocio unilateral, aunque precise su aceptación. Lo cierto es que, errónea o acertadamente, el artículo 609 CC menciona la donación como un modo de adquirir la propiedad distinto del que tiene lugar «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Y, en concordancia con ello, el Código regula la donación en su libro III, de los diferentes modos de adquirir la propiedad, y no en su libro IV, de las obligaciones y contratos, definiéndola sólo como «acto». Con todo, el Código se remite supletoriamente a las disposiciones generales de las obligaciones y contratos respecto de las donaciones inter vivos (art. 621 CC), lo que para unos confirma su carácter contractual y para otros es una remisión lógica, aunque la donación no sea un contrato, por ser éste el negocio patrimonial inter vivos más ampliamente regulado. La donación es, desde luego, un negocio gratuito, en el que no existe contraprestación respecto de una atribución patrimonial, y, en este sentido, el Código configura la donación, en su artículo 618, como un acto de liberalidad de disposición gratuita, y contempla la mera liberalidad como su causa en su artículo 1274.

⁶⁴ NIEVES BORREGO, J., «Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa sobre la subvención», *Revista de Administración Pública* n.º 12, 1963, págs. 17 y ss.; y, luego, «Las subvenciones y los auxilios financieros de carácter privado ante el impuesto de transmisiones patrimoniales», en la obra colectiva *Impuestos sobre sucesiones, transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, págs. 591 y ss.

⁶⁵ A la donación modal se refiere el artículo 619 del Código Civil, al señalar que «es también donación ... aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado»; donación que se debe denominar propiamente modal o con carga, pero que el Código llama condicional, onerosa o con causa onerosa (arts. 622, 626 y 638 CC). La denominación del Código es incorrecta, puesto que la carga o modo no desnaturaliza el carácter gratuito del negocio de donación y, de acuerdo con lo dicho al tratar de la revocación por incumplimiento de cargas, no se trata de una condición en sentido técnico, como la que se da en la donación con reserva de la facultad de disponer o la donación con cláusula de revisión, que son verdaderas donaciones condicionales, sometidas a condición resolutoria. En cualquier caso, interesa aquí resaltar que el incumplimiento de la carga o modo autoriza al donante a revocar la donación, en los términos expuestos (art. 647 CC).

vencionado actúa una voluntad en la formación del vínculo contractual, por necesitarse su solicitud y, en su caso, la aceptación, de tal manera que no existiendo una u otra no existe contrato subvencional. Pero es igualmente evidente la característica de la subvención como contrato otorgado por la Administración, lo que supone que la intervención del subvencionado se reduce, en la generalidad de los casos, a la adhesión a un esquema previamente determinado».

De la consideración de la subvención como contrato y, en particular, como donación modal se ha hecho eco, repetidamente, la jurisprudencia (SSTS 1-6-1989, Ar. 4327; 27-5-1988, Ar. 3967; 18-2-1991, Ar. 1050; 2-10-1992, Ar. 7744; 3-11-1992, Ar. 8989; 16-6-1998, Ar. 6322; y 24-7-2000, Ar. 6173⁶⁶)⁶⁷.

Por su parte, MONEDERO GIL⁶⁸ significa que «la donación libre o incondicionada al modo civil no es concebible en el campo público, pues la eficacia de este contrato debe quedar siempre supeditada al cumplimiento por el beneficiario de los fines de utilidad pública que sirva de causa a la donación». Así, «aun cuando [la subvención] se nos presente aparentemente como un acto gratuito, en realidad el negocio encubre un propósito de utilidad pública, generalmente de fomento económico o social, que es su verdadera causa jurídica», por lo que aun cuando aparezca, en principio, como una «donación de dinero», «la subvención no debe configurarse como un auténtico contrato gratuito, ya que la dación de dinero aparentemente liberal de la Administración se contrapesa con la obligación que asume el beneficiario de realizar alguna actividad de utilidad pública».

⁶⁶ De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 12 de julio de 2000 (Rec. 661/97), «como se afirma en la STS de 16 de junio de 1998 (Ar. 6322), «... del ejercicio de la potestad administrativa de fomento, además de generarse una ventaja para el sujeto fomentado, se crea una relación jurídica entre la Administración y la persona fomentada: de ahí que ésta (la persona fomentada) quede vinculada, en virtud de la relación creada, por unas condiciones de inexcusable cumplimiento, por la siguiente razón: porque el incumplimiento, sólo produce «beneficio» al sujeto fomentado, y no se satisface el interés público o interés social»; «... La actividad administrativa de fomento que se concreta en una subvención, como pone de relieve la doctrina científica, se realiza mediante un procedimiento contractual que genera la relación jurídica entre la Administración y el sujeto fomentado». Por tanto, puede afirmarse que en esta actividad de fomento no está ausente el principio de legalidad que ha de motivar toda actuación administrativa, ni la necesidad del cumplimiento por ambas partes de las obligaciones asumidas pues «... dicha subvención goza de un carácter modal y condicional, en el sentido de que su otorgamiento se produce siempre bajo la condición resolutoria de que el beneficiario tenga un determinado comportamiento o realice una determinada actividad en los concretos términos en que procede su concesión» (STS 20 de junio de 1997 [Ar. 5299]).

⁶⁷ Es de interés, también, la Sentencia de 17 de enero de 2001 (Ar. 2281), que, aunque no pierde el tiempo en discutir sobre la calificación como contrato de la subvención, que toma como punto de partida, aplica a las subvenciones determinadas instituciones relativas a los riesgos en el cumplimiento de los contratos, como son la fuerza mayor, la cláusula *rebus sic stantibus* y la doctrina del riesgo imprevisible.

⁶⁸ Ob. cit., pág. 267.

En rigor, como pone de manifiesto CARRETERO PÉREZ⁶⁹, la subvención es una figura propia del Derecho administrativo y no puede ser aplicado supletoriamente el Derecho civil que regula las donaciones. En esta línea, LÓPEZ CANDELA⁷⁰ califica de equívoca la concepción de la subvención como donación modal, por cuanto el modo tiene un carácter accesorio mientras que el fin de la subvención tiene un carácter esencial, como causa de la misma; apuntando que «la trascendencia de la determinación de una u otra naturaleza jurídica es evidente: en la conceptualización como donación modal el incumplimiento no culpable de la obligación modal no hace revocable la donación, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del Derecho público, en el que la imposibilidad de cumplir el "modo" sí hace ineficaz la subvención otorgada, toda vez que se deja de satisfacer el interés público perseguido». No hay, pues, según entiende este último autor, donación modal, que, al fin y al cabo, es esencialmente una donación (Cfr. STS 28-7-1994, Ar. 6929; y 23-10-1995, Ar. 7737), pues las donaciones no pueden justificarse por la mera liberalidad de la Administración (art. 27.1 RSCL).

Es más, la doctrina hoy dominante califica la subvención no como contrato sino como un acto administrativo unilateral, o a lo más como una de aquellas especies de actos administrativos «necesitados de aceptación», lo que distingue la subvención de los anticipos, préstamos que en ocasiones concede la Administración, que tienen carácter contractual y exigen su devolución.

En contra de la consideración de la subvención como contrato, FERNÁNDEZ FARRERES⁷¹ advierte que «la subvención, a diferencia de la donación, incluso acompañada de una carga modal, no es ni puede ser en ningún caso, una atribución patrimonial cuya causa radique en la liberalidad, en el *animus liberalitatis* de la Administración Pública otorgante, lo que resulta prohibido por el artículo 27.1 RSCL». Además, existe una «incompatibilidad radical entre la actividad administrativa orientada en todo momento hacia fines de interés público y la existencia de una voluntad administrativa basada en motivos de mera liberalidad en el otorgamiento de subvenciones». Añade que «para que pueda hablarse de contrato no basta con la mera existencia de un acuerdo de voluntades, sino que es precisa la concurrencia de otros elementos», como el nexo causal, la contraposición

⁶⁹ CARRETERO PÉREZ, Adolfo, «Las subvenciones públicas en la Ley General Presupuestaria», *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* n.º XLI/213, mayo-junio 1991, pág. 424.

⁷⁰ LÓPEZ CANDELA, Javier Eugenio, «Sobre la necesaria revisión del actual régimen de subvenciones públicas», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 525, pág. 2.

⁷¹ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, págs. 348 y ss.

de intereses de las partes y el objeto. A ello no obsta, a su juicio, que se pueda emplear una técnica concursal o concurrencial, «ya que al igual que en determinadas hipótesis puede contratarse administrativamente de una manera directa... también en otras la utilización procedimental de una técnica concursal llega a concretarse posteriormente en una resolución administrativa».

En esta misma línea, de la consideración de la subvención como acto unilateral, aunque necesitado de aceptación, se pronuncian, entre otros, GIMENO FELIÚ⁷² y HERRERO SUAZO⁷³.

Finalmente, existe una tesis mixta, que sostiene que, según los casos, la subvención puede ser configurada por el Derecho positivo como auténtico contrato o como acto unilateral.

Así, CARRETERO PÉREZ⁷⁴ considera que puede haber subvenciones legales, concedidas directamente por la ley (caso de las llamadas subvenciones nominativas), en cuyo caso el acto de disposición de los fondos es reglado y se limita a ejecutar la Ley; subvenciones contractuales, incluidas en un contrato; y, finalmente, subvenciones otorgadas mediante un acto administrativo unilateral y discrecional.

Por su parte, ALBI⁷⁵ sostiene «la unilateralidad de numerosas manifestaciones del fenómeno subvencional, pero es evidente ... que tropezamos de vez en cuando con determinadas situaciones de naturaleza contractual que son, sin embargo, verdaderos subsidios. Habrá pues, que llegar a la conclusión de que existen dos especies de subvenciones perfectamente diferenciadas: las unilaterales y las contractuales, siendo las primeras las más numerosas y típicas». A este respecto, el propio ALBI y también VERA FERNÁNDEZ-SANZ⁷⁶ ponen de manifiesto las referencias, en cierto modo contradictorias, del RSCL, que pueden fundar tanto el carácter unilateral como la naturaleza contractual de las subvenciones (arts. 23, 26 y 29).

En esta misma línea, de orden mixto, se pronuncian SESMA SÁNCHEZ⁷⁷, PASCUAL GARCÍA⁷⁸ y BUSTILLO BOLADO⁷⁹, para el

⁷² GIMENO FELIÚ, J. M., «Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (Ayudas y subvenciones)», *Revista de Administración Pública* n.º 137, págs. 177 y ss.

⁷³ HERRERO SUAZO, S., «El régimen jurídico de las subvenciones públicas», en *Estudios de Derecho y Hacienda. Homenaje a César Albiñana García-Quintana*, vol. I, págs. 164 y ss.

⁷⁴ Ob. cit., págs. 423 y ss.

⁷⁵ ALBI, Fernando, «Tratado de gestión de las corporaciones locales», págs. 456 y ss.

⁷⁶ VERA FERNÁNDEZ-SANZ, A., «Las subvenciones otorgadas por las Corporaciones Locales», *Revista Española de Vida Local* n.º 129, págs. 375 y ss.

⁷⁷ SESMA SÁNCHEZ, Begoña, *Las subvenciones públicas*, Ed. Lex Nova, págs. 294 y 565 y ss.

⁷⁸ PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Ed. BOE, pág. 84.

⁷⁹ Ob. cit., págs. 115 y ss.

cual «el esquema contractual, en el que puede encajar la donación, no se adapta en absoluto a un gran número de subvenciones en las que la voluntad del beneficiario se limita a instar y aceptar un acto administrativo unilateral», y, desde luego, «la previsión del concurso como sistema de selección de ofertas o instancias no es prueba de la existencia de contrato», pudiendo, en este sentido, advertirse que el procedimiento recogido en el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de subvenciones y ayudas públicas, «configura unas subvenciones con un carácter marcadamente unilateralista sin que quepa resquicio alguno a contenidos contractuales», aun cuando su artículo 7 admita la terminación convencional del procedimiento, que no constituye verdadero contrato. De este modo, «la gran mayoría [de subvenciones] se resuelve siguiendo la técnica de los actos jurídicos sucesivos, lo que no obsta a que en algunas ocasiones se encuentren verdaderos supuestos de subvenciones instrumentadas siguiendo la técnica contractual», para lo que no es óbice el problema de la causa del artículo 1274 CC, que tan sólo se refiere a los contratos sinalagmáticos y conmutativos⁸⁰, ni es precisa la contraposición de intereses (no siéndolo, desde luego, en la donación), ni existe problema en cuanto al objeto.

iii) Concesiones demaniales

La doctrina clásica (HAURIOU, DUGUIT y JÉZE) considera la concesión, entendida en sentido amplio, como un acto mixto, pues es un acto unilateral porque su origen está en la voluntad de la Administración que discrecionalmente puede concederla o denegarla y porque su contenido está sujeto a las potestades reglamentaria y ejecutiva de la Administración, y, al mismo tiempo, un acto contractual, ya que una vez otorgada la concesión se constituye entre la Administración y el concesionario una relación bilateral y onerosa de carácter contractual administrativo.

En nuestro Derecho, se reconoce carácter contractual de las concesiones de obras públicas o de servicios públicos, que regula la LCAP. Por el contrario, las concesiones demaniales suelen presentarse como acto administrativo unilateral⁸¹, sobre todo las de aguas, minas e hidrocarburos. Son así actos administrativos unilaterales necesitados

⁸⁰ Con cita de Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, pág. 226.

⁸¹ Todo lo más se contempla la concesión demanial como modalidad de financiación de la obra pública (arts. 130-134 LCAP), esto es, más como prestación que como contrato.

de aceptación. Con todo, el RBEL (arts. 78, 81 y 90) establece que la concesión de uso privativo de los bienes demaniales se otorgará con arreglo a ciertas normas específicas y las normas reguladoras de los contratos de las corporaciones locales; y el artículo 75.1 de la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988, previene que «la Administración podrá convocar concursos para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre», pero la existencia de una previa licitación no significa que el acto tenga naturaleza contractual. No puede tenerla, desde luego, una simple autorización, ni tampoco corresponde dicha naturaleza a una concesión demanial. A nuestro juicio, debe distinguirse entre el procedimiento de otorgamiento y la naturaleza del acto, de forma que, aun cuando el procedimiento sea semejante al contractual, el acto no reviste dicho carácter.⁸²

Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1985 (Ar. 2204), según la cual:

«mientras la concesión de servicios públicos se caracteriza esencialmente por su naturaleza contractual y estable, la concesión demanial viene considerada mayoritariamente, a pesar de la terminología empleada por el artículo 62 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, como una auténtica autorización o permiso de policía cuya condición predominante es la de ser unilateral y precaria con la consecuencia de que en ella la Administración tiene un más amplio margen de discrecionalidad que no puede desconocerse al enjuiciar la licitud de las cláusulas que impone para su adjudicación, sometida a normas y principios distintos de los que gobiernan la concesión de servicios públicos por estar ésta dotada de una superior intencionalidad jurídica determinante de un tratamiento más rigurosamente reglado».

En particular, sobre la concesión de aguas, GONZÁLEZ PÉREZ⁸³ califica la concesión como acto administrativo unilateral, aunque necesitado de aceptación. Por su parte, Sebastián MARTÍN RETORTILLO⁸⁴ comenta que sobre «el debatido tema de la naturaleza con-

⁸² La Ley de Puertos, de 24 de noviembre de 1992, distingue claramente entre otorgamiento de concesiones, conforme al procedimiento de la legislación costera (art. 63), que, como sabemos, puede conllevar una licitación, y la contratación (arts. 35.2 y 67), de forma que sólo cuando «la gestión indirecta del servicio precise el otorgamiento de concesión o autorización de ocupación de dominio público portuario, ambas relaciones serán objeto de expediente único, y su eficacia quedará vinculada recíprocamente», por lo que, en otro caso, el uso del dominio público queda al margen del expediente de contratación.

⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de Aguas*, Ed. Civitas, pág. 57.

⁸⁴ MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de Aguas*, Ed. Civitas, pág. 267.

tractual o unilateral de las concesiones de aguas, que tan ampliamente preocupara a nuestra jurisprudencia, y que, con matices distintos, es obligado resolver hoy considerando aquéllas como auténtica resolución administrativa de carácter unilateral. Y ello sin perjuicio de que para su formación sea necesario el concurso de la voluntad del concesionario».

Algunos autores parecen entender que la aplicación de un procedimiento de licitación para el otorgamiento de las concesiones determina su carácter contractual. Así, para BUSTILLO BOLADO⁸⁵ la concesión de dominio público otorgada mediante licitación, puede configurarse como supuesto de convenio de colaboración, estimando que nada impide que la concesión se configure como contrato o convenio al igual que como simple acto unilateral.

Con mayor precisión y, al mismo tiempo, amplitud, VILLAR PALASÍ⁸⁶ advierte que «la independencia entre el acto de aceptación y el vínculo posterior es algo análogo a lo que sucede con la creación de los derechos reales, que si bien surgen normalmente a través del contrato, no suponen un contenido contractual de alcance puramente dinámico, sino que, por el contrario, alcanzan un equilibrio estático de derecho real. Lo que sucede con la concesión administrativa es algo similar: la vinculación es algo independiente del acto, sobre él se construye este vínculo bilateral y, en definitiva, la naturaleza del otorgamiento es distinta de la naturaleza de la concesión administrativa». Esto es, la concesión demanial constituye un derecho real, y puede establecerse en virtud de una previa licitación o sin ella, sin que la aplicación de aquélla implique, de por sí, su naturaleza contractual.

iv) Deuda pública

Finalmente, se ha discutido el carácter de contrato de préstamo de la emisión de deuda pública, especialmente en el caso de la deuda pública general, con recurso al mercado de capitales.

SAINZ DE BUJANDA⁸⁷ considera que la deuda pública existe cuando «la posición pasiva del ente público —es decir, su deuda— surge como consecuencia de la recepción de fondos que le han sido previamente entregados a título de préstamo o, más ampliamente, a título de crédito y que viene normalmente obligado a rembolsar, en el tiempo y la forma y condiciones» que procedan; y FERREIRO⁸⁸ defi-

⁸⁵ Ob. cit., págs. 195 y 196.

⁸⁶ «Concesiones administrativas», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, págs. 703 y ss.

⁸⁷ SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Sistema de Derecho financiero*, Ed. UCM, pág. 305.

⁸⁸ FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, Ed. Marcial Pons, pág. 539.

ne deuda pública como «toda operación de crédito por la que el Estado u otro ente público recibe una cantidad que se obliga a devolver. La deuda pública se formaliza generalmente a través de un préstamo, pero puede instrumentalizarse también a través de otro tipo de relación jurídica, como puede ser el depósito o la apertura de crédito. En todo caso exige para su existencia la entrega de una cantidad y el compromiso de su restitución, siendo indiferente que entrega y compromiso se realicen de modo voluntario o forzoso».

Por el contrario, no faltan quienes niegan naturaleza contractual a la deuda pública. Así, algunos autores, como INGROSSO⁴⁹, entienden que se trata de un acto de soberanía, de la misma naturaleza que el acto de emisión de dinero de curso legal, del que resulta una obligación unilateral, cuyas condiciones fija dicho acto.

Antes bien, PLEITE GUADAMILLAS⁵⁰ observa que «si consideramos que en los empréstitos públicos el Estado dispone de unas prerrogativas que, en cierto modo, desdibujan la figura del contrato, puesto que es él quien fija las condiciones del mismo, ello no obsta para que pierda la condición de tal, puesto que así ocurre con los contratos de adhesión; por otra parte, si el Estado puede incumplir el contrato tampoco desfigura la característica del mismo, por cuanto el hecho de que no se ejecute no implica que no exista». En ese sentido, FERREIRO⁵¹ sostiene que «cuando el Estado contrata, la relación está disciplinada por el ordenamiento jurídico interno, como cualquier otro contrato. El que el Estado pueda anular sus efectos por medio de una ley no influye en la naturaleza jurídica del mismo. No lo destipifica, porque la ley es algo que está por encima y por fuera de la relación contractual. En este sentido, no puede decirse que la posibilidad de que una ley modifique los derechos del prestamista sea una característica del contrato. También la Ley puede modificar los efectos de un contrato privado. Y no se diga que en el caso del empréstito público es el deudor quien lo modifica, porque el deudor es el Estado Administración y el que lo modifica es el Estado legislador».

De hecho, como significa PLEITE⁵², la concepción de la deuda pública como contrato, siquiera de adhesión, es la dominante en la actualidad, no sólo en relación con las operaciones singulares de crédito, en las que no hay duda⁵³, sino incluso en relación con los

⁴⁹ INGROSSO, Gustavo, *Derecho financiero*, Nápoles, 1956, pág. 682.

⁵⁰ PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, *Los contratos de préstamo y crédito de las Administraciones Públicas*, Ed. Marcial Pons, pág. 51.

⁵¹ *Lecciones de Derecho financiero*, pág. 541.

⁵² Ob. cit., pág. 52.

⁵³ Sobre las operaciones singulares, Cfr. CARRERA RAYA, Francisco José, «El empréstito como modalidad de la deuda pública: su naturaleza jurídica», *Revista Española de Derecho Financiero*, n.º 57, 1988, pág. 113.

empréstitos públicos, de suerte que se considera que en la emisión de deuda pública hay una oferta por parte de un ente público y una aceptación por un particular que acepta la misma, con lo que estamos ante un acuerdo de voluntades o contrato y no ante una imposición del ente público, un acto unilateralmente impuesto.

Además, la mayoría de la doctrina considera que el empréstito público es un contrato administrativo. Así, FERREIRO⁵⁴ apunta que «la actividad que desarrolla la Administración cuando contrata un empréstito la realiza como tal Administración, dotada de poder de imperio y sin colocarse en un plano de igualdad con el particular, y que, por tanto, el contrato a que da lugar es un contrato administrativo. En efecto, cuando la Administración contrata defiende un interés público colectivo primario, posibilitando el desarrollo de los servicios públicos, de la actividad total del Estado. Su actividad en este campo entra de lleno en el giro o tráfico propio de la Administración. La presencia de las llamadas cláusulas exorbitantes, los privilegios que se conceden a los prestamistas, la prescripción especial, la jurisdicción que entiende los litigios que en torno a estos contratos se promueven, la intención de las partes, etc., ponen de relieve que es un ente público, como tal ente público, quien contrata, y que la relación a la que se da vida encuentra su régimen jurídico normal en las normas de Derecho administrativo. En resumen, que se trata de un contrato de Derecho público, lo que no excluye que, en defecto del ordenamiento jurídico administrativo, deban serle aplicadas las normas del Derecho privado».

4. LA RESPONSABILIDAD EXTRACTRACONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN CONCEPTO, FUNDAMENTO Y REGULACIÓN

a) Concepto

Es un principio general en nuestro Derecho, y asimismo en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, ya reconocido en el Derecho romano a través de la llamada responsabilidad *aquiltiana*, que aquél que causa un daño a otro debe resarcirle de los daños y perjuicios causados. Ésta es la llamada responsabilidad extractrcontractual, que el Código Civil contempla en sus artículos 1902 y siguientes. Con todo, no son aplicables aquí los preceptos del Código Civil, sino los artículos 139 y ss. LAP;

⁵⁴ *Lecciones...*, Ob. cit.

parcialmente modificados por Ley 4/1999, de 13 de enero, con la que se ha alcanzado tanto la unidad de jurisdicción, ante lo contencioso-administrativo, como la unidad de régimen sustantivo, sea en relaciones de Derecho público o en relaciones de Derecho privado, para la responsabilidad extracontractual de la Administración.

La responsabilidad extracontractual, llamada patrimonial, de la Administración Pública es una institución básica del sistema administrativo en un Estado de Derecho, como medio de resarcir a los ciudadanos de los daños causados por la Administración y que aquéllos no tengan el deber jurídico de soportar. Es, además, una garantía última y subsidiaria, pues, aparte de los casos en que se pretende directamente la reparación de unos daños, cuando la Administración no rectifica su actuación antijurídica siempre queda la posibilidad de exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados.

b) Fundamento

En un principio, se negaba la posibilidad de exigir responsabilidad extracontractual, es decir, no derivada de contrato, al Estado. Esta norma encontró su expresión clásica en la máxima inglesa, pero de general aplicación en Derecho comparado, según la cual «the King can do no wrong», esto es, el Rey no puede cometer actos ilícitos. En consecuencia, la víctima únicamente podía exigir la responsabilidad del propio funcionario autor del daño, conforme a las normas generales, sin perjuicio de que el Estado pudiese compensar a la víctima de forma graciable como ocurría en Gran Bretaña⁹⁵.

Posteriormente, sin embargo, se pasa a reconocer la responsabilidad del Estado. La forma más sencilla es la de aplicar al Estado las mismas reglas que a cualquier otra persona, respondiendo de los daños causados por actos ilícitos de las personas que de él dependen, solución acogida legislativamente tras la Segunda Guerra Mundial en los Estados Unidos de América (Federal Tort Claims Act, 1946) y el Reino Unido (Crown Proceedings Act, 1947). La aplicación de las normas generales de responsabilidad extracontractual es más adecuada a estos países, de «Common Law», en los que la Administración se somete, como regla, al Derecho privado y no al Derecho administrativo, como ocurre en Europa continental, si bien existen también algunas especialidades y prerrogativas. Así, en el Reino Unido, la Corona es equiparada a una persona mayor de edad y de plena capacidad,

⁹⁵ Así lo indican tanto WINDFIELD y JOLOWICZ como CLERK y LINDSELL en sus respectivos tratados de responsabilidad extracontractual. *On torts*.

aunque se mantienen algunas excepciones, como las responsabilidades derivadas de actos de naturaleza judicial⁹⁶.

En Derecho francés, el Consejo de Estado distingue entre las faltas personales de los funcionarios, que son de su exclusiva responsabilidad, y las faltas de servicio, de las que responde directamente el Estado, caracterizándose por resultar de los hábitos del servicio mismo y ser faltas impersonales, que no se individualizan en un funcionario concreto ni requieren su culpa.

En la doctrina y jurisprudencia alemanas se acoge la teoría de la indemnización de Derecho público, sostenida en España por GARRIDO FALLA⁹⁷ y conforme a la cual deben indemnizarse no sólo los daños ilícitos sino también ciertas intervenciones conforme a Derecho que se califican formalmente como expropiación forzosa, la cual pasa a incluir, de este modo, todo sacrificio de los derechos y ventajas de los particulares en interés de la comunidad.

Por último, se prescinde totalmente de la ilicitud de la conducta de la Administración y su responsabilidad se asienta únicamente en el dato objetivo del daño causado al particular, siendo irrelevante si el causante del daño obró con culpa o sin ella. En este sentido, se ha querido fundamentar la responsabilidad objetiva de la Administración en la creación por ésta de un riesgo o el enriquecimiento sin causa de la misma, doctrinas recogidas por GARCÍA DE ENTERRÍA⁹⁸, pero criticadas por ENTRENA CUESTA⁹⁹ pues no siempre existe un riesgo ni un enriquecimiento injusto de la Administración. En definitiva, parece más correcto señalar como fundamento unitario de la responsabilidad objetiva de la Administración el principio de igualdad ante la ley, que, según el Consejo de Estado (por ejemplo, en su Dictamen de 8 de julio de 1971) exige que, si bien los administrados tienen el deber de soportar las cargas públicas generales, los administrados que sufran un daño singular, excesivo y desigual deben ser indemnizados. En esta línea, el artículo 141.1 LAP establece que «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

⁹⁶ Sección 2(5) de la citada Ley de 1947.

⁹⁷ En «La teoría de la indemnización en Derecho público», en *Estudios en honor del Profesor Gascón y Martín*, 1952, págs. 411 y ss., y luego en su *Tratado de Derecho administrativo*, 7.ª ed. Madrid, 1985, y en *Régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas*, págs. 341 y ss.

⁹⁸ *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, 2.ª ed. Ed. Civitas, Madrid, 1988. En esta línea, GAMERO CASADO, Eduardo, en «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 426, 17 de febrero de 2000, pág. 3, apunta que el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración es la socialización de los riesgos.

⁹⁹ *Curso de Derecho administrativo*, vol. I/1, 8.ª ed. Ed. Tecnos, Madrid, 1983.

c) Regulación

En España, la responsabilidad de la Administración fue establecida, en primer lugar, para supuestos concretos. Así, con ocasión de la primera guerra carlista, la Ley de 9 de abril de 1842 estableció la obligación de la Nación de indemnizar los daños materiales causados «así en el ataque como en la defensa de plazas, pueblos, edificios, etc.».

El Código Civil, como fruto de su objetivo codificador, contempló la posible responsabilidad de la Administración ya con abstracción de sucesos concretos, pero de forma limitada. En efecto, el artículo 1903 de dicho cuerpo legal¹⁰⁰ reconoció la responsabilidad del Estado por hechos ajenos cuando obrase por mediación de un agente especial, que, según la jurisprudencia (STS 18-5-1904) era aquél que recibía un mandato o comisión concreta ajena al ejercicio de un cargo público; mientras que cuando el daño hubiese sido causado por funcionario se aplicaba la regla general del artículo 1902 CC, lo que fue interpretado mayoritariamente en el sentido de que respondía el funcionario y no el Estado (aunque algunas Sentencias sostuvieron que respondía el Estado de los actos de los funcionarios como actos propios).

Posteriormente, algunas leyes especiales reconocieron la responsabilidad del Estado, pero sólo como excepciones al principio general de irresponsabilidad. La Constitución republicana de 1931 consagró la responsabilidad de los entes públicos por vez primera, aunque con carácter subsidiario (art. 41), pero la corta y agitada vida de la II República no hizo posible el desarrollo de esta norma ni la de la Ley Municipal de 1935, que llegó a admitir que la responsabilidad de los municipios fuese subsidiaria o directa. La Ley de Régimen Local de 1950 recogió esta previsión, la extendió a toda la Administración local y precisó que la responsabilidad sería directa cuando no mediase culpa o negligencia grave del funcionario responsable (arts. 405-409).

Fue la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF), en su artículo 121, la que estableció con carácter general, por vez primera, la responsabilidad objetiva y siempre directa de la Administración, lo que completa con los artículos 122, sobre los requisitos objetivos y temporales de la responsabilidad, y 123, sobre el procedimiento para reclamar los daños causados por concesionarios y contratistas. La LEF fue ya aplicable a todos los entes públicos, por lo que derogó lo dispuesto en la Ley de Régimen Local, como aclaró el Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 abril 1957, que declaró la aplicabilidad de la LEF a los entes locales e institucionales y, por

¹⁰⁰ El párrafo correspondiente ha sido derogado por la Ley de 7 de enero de 1991 sobre la responsabilidad del profesorado.

otra parte, extendió la indemnización a la lesión de toda clase de bienes y derechos (art. 133¹⁰¹) y no sólo a los expropiables a los que se refiere la LEF. Posteriormente, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 completó y precisó el sistema en la esfera estatal.

La Constitución de 27 diciembre 1978 garantiza, en su artículo 9.3, el principio de responsabilidad de los poderes públicos, y dispone en su artículo 106.2 que «los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos»¹⁰².

El artículo 149.1.18.ª de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado respecto al sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas, por lo que las Comunidades Autónomas habrán de sujetarse a la legislación general al respecto, sin perjuicio de las especialidades procedimentales derivadas de su específica organización que reconoce el mismo apartado. Nótese que el citado precepto constitucional atribuye al Estado no la legislación básica sino «el sistema» de la responsabilidad patrimonial. Debe, pues, reconocerse, de acuerdo con LASO BAEZA¹⁰³, «como competencia exclusiva [del Estado] el ejercicio de la potestad legislativa sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

Así, la legislación de las Comunidades Autónomas suele remitirse, pura y simplemente a la legislación estatal, aunque en algunos casos se añadan principios muy generales, o a recoger, en parte, los preceptos estatales. En cambio, es errónea la declaración del artículo 55.1 de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, de 13 de diciembre de 1983 (redactado por Ley de 9 de abril de 1999), conforme al cual «la responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños ocasionados a los ciudadanos en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos se regirá por la legislación básica

¹⁰¹ Actualmente derogado por el Reglamento de procedimientos administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial, de 26 de marzo de 1993.

¹⁰² Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de enero de 2000 (RJCA 1920) advierte que la responsabilidad patrimonial de la Administración adquiere relevancia constitucional en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la Justicia, pilar del Estado de Derecho social y democrático (art. 1).

¹⁰³ LASO BAEZA, «El nuevo régimen de los supuestos indemnizatorios en la Ley 6/1998, de 13 de abril», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 163, julio-agosto 1998, págs. 137 y ss.

del Estado en la materia y por las disposiciones que la Comunidad de Madrid dicte en el ejercicio de sus propias competencias».

En opinión de PAREJO ALFONSO¹⁰⁴, «la interpretación más conforme con la Constitución [en su artículo 149.1.18.ª] es la que, ateniéndose al propio tenor literal del precepto que determina la competencia ahora examinada, postula la reducción de la legislación estatal a la definición del «sistema» de la responsabilidad administrativa como tal, es decir, desde la consideración de ésta como grupo normativo o, en definitiva, como institución general e independiente del régimen sustantivo concreto de los distintos servicios o las diferentes actividades desarrollados por las Administraciones Públicas; sistema que, como es obvio, debe ser rigurosamente respetado y observado por cualquiera otra legislación (estatal, autonómica o, incluso, local), sin perjuicio de que esta última pueda y aún deba establecer las disposiciones indispensables para concretar —a partir de las características de la regulación jurídico-administrativa que contenga— los términos de la aplicación al caso de aquel sistema».

Actualmente, junto a las normas de la LEF, esta previsión constitucional está desarrollada por los artículos 139 y ss. LAP, que básicamente concuerda con las normas de la LEF, aunque, en lo que no concuerde prevalece por ser norma posterior, y el Real Decreto de 26 marzo 1993 que aprueba el Reglamento de procedimientos administrativos en materia de Responsabilidad Patrimonial. La regulación legal fue, además, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose su actuación como actos propios de aquéllas. Tras la Ley 4/1999, la responsabilidad de Derecho privado de la Administración se regirá por el completo régimen de la responsabilidad administrativa, y no sólo por las normas de procedimiento de ésta, como sucedía antes, con lo que se evitan dudas entre uno y otro régimen pero se desnaturaliza la responsabilidad de Derecho privado (art. 144 LAP).

Por su parte, la Ley de Bases de Régimen Local, de 2 abril 1985, se remite a legislación estatal (art. 53).

Existen, por lo demás, normas especiales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, y, en particular, establecidas en

¹⁰⁴ «Objeto y ámbito de aplicación de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Las relaciones interadministrativas», en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, editada por la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, págs. 35 y 36.

materia urbanística por los artículos 41 y ss. de la Ley del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998¹⁰⁵ (Cap. XXIX).

En cualquier caso, interesa distinguir esta llamada responsabilidad patrimonial, de carácter extracontractual, de la responsabilidad contractual, que puede pesar sobre la Administración como consecuencia del incumplimiento de un contrato, sin que las normas y el procedimiento previsto para la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración sean aplicables a dicho incumplimiento (STS 24-2-1994, Ar. 1168; y 3-9-1994, Ar. 7032). Así, por ejemplo, en relación con los convenios urbanísticos, FONSECA FERRANDIS¹⁰⁶ apunta que, aunque no haya responsabilidad patrimonial si no se ha patrimonializado el aprovechamiento, a través del cumplimiento de los correspondientes deberes urbanísticos, es admisible la responsabilidad contractual por incumplimiento, con cita de la Sentencia de 29 de abril de 1989, según la cual «no es necesario recurrir a... la Ley de régimen del Suelo, sino que la indemnización a satisfacer, aunque remotamente tiene una motivación urbanística, su razón inmediata se halla, cual se ha señalado, en el incumplimiento de una obligación contractual».

Por su parte, la Sentencia de 24 de mayo de 1994 (Ar. 3908) aclara que «la responsabilidad administrativa, con su consecuencia de deber ser exigida a través de dos pretensiones distintas, ha de contemplarse respecto de dos diferentes tipos de relaciones jurídicas entre ella y los administrados, las extracontractuales, por una parte, que surgen con la producción del evento indemnizatorio, y las contractuales, por otra, que se derivan de un contrato previo». Ahora bien, como señalan las Sentencias de la Sala de lo Civil de 19 de junio de 1984 (Ar. 3250) y 2 de enero de 1990 (Ar. 30), «no es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana (extracontractual) sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado», por lo que es posible «la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición», «sin otro límite que la indemnidad del patrimonio económico». En igual sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa admite la concurrencia de causas contractuales

¹⁰⁵ Cfr. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco, «La responsabilidad patrimonial de la Administración: especial consideración del ámbito urbanístico», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 182, diciembre 2000, págs. 11 y ss.

¹⁰⁶ FONSECA FERRANDIZ, Fernando E., «Los convenios urbanísticos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Derecho Urbanístico* n.º 159, enero-febrero 1998, págs. 87 y ss.

y extracontractuales en las reclamaciones indemnizatorias¹⁰⁷ y tampoco es excesivamente rigurosa en exigir que se haya pedido por uno u otro título sino que admite la concurrencia del planteamiento de ambas causas, sin perjuicio de que el motivo de casación esté correctamente interpuesto¹⁰⁸.

5. CUASICONTRATOS: EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN

a) Consideraciones generales

Como hemos avanzado, la mayoría de la doctrina y las legislaciones más modernas han negado a la figura del cuasicontrato sustantividad propia, reconduciéndola al ámbito de las obligaciones *ex lege* en relación con la obligación de resarcir el enriquecimiento sin causa. El Código Civil, en sus artículos 1887 y siguientes, recoge únicamente como cuasicontratos el cobro de lo indebido y la gestión de negocios ajenos sin mandato. Ello no obsta a que la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia admitan la existencia de cuasicontratos atípicos; si bien el Tribunal Supremo previene contra una extensión desmesurada de la figura, de modo que no podrán ser considerados como especies de la misma todos los actos lícitos y no contractuales sino sólo los que guarden analogía con los cuasicontratos típicos, cuyo rasgo común es un enriquecimiento sin causa, que, en relación con la actuación de la Administración y de acuerdo con FERREIRO LAPATZA¹⁰⁹, puede plantearse tanto en los casos de gestión oficiosa a favor de un ente administrativo sin encargo previo de éste como en los casos en que el encargo se ha realizado, pero adolece de tales vicios que ha de considerarse nulo de pleno Derecho.

REBOLLO PUIG¹¹⁰ apunta que estamos ante una figura que procedente del Derecho civil, encuentra hoy acomodo en el Derecho administrativo. «Su recepción por éste y la forma en que acoge la noción de enriquecimiento injusto o sin causa ha estado condiciona-

¹⁰⁷ Por ejemplo, la Sentencia de 7 de octubre de 1991 (Ar. 7521) admite la responsabilidad extracontractual de la Administración por demora extraordinaria en el pago debido en virtud de contrato.

¹⁰⁸ Así, la Sentencia de 16 de octubre de 2001 (Ar. 10088) desestima el motivo fundado en las normas de la responsabilidad patrimonial de la Administración pues «es lo cierto que las reclamaciones efectuadas han de entenderse vinculadas al contrato concertado».

¹⁰⁹ FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de Derecho Financiero Español*, 13.ª ed., Ed. Marcial Pons, pág. 608.

¹¹⁰ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración*, Ed. Marcial Pons, pág. 4.

da por su aceptación y evolución en el Derecho civil o, más ampliamente, en el Derecho privado. Pero, como en tantos otros casos, ello no permite una identificación completa entre la institución civil y la administrativa. Por lo pronto, y en lo que primeramente nos interesa, su historia no es idéntica. Podrá afirmarse que la vanguardia ha estado en el Derecho civil al que por muchos y profundos motivos le ha correspondido no sólo establecer el régimen y las consecuencias del enriquecimiento injusto en las relaciones entre particulares, sino también el concepto y los perfiles mismos de la noción; y, consecuentemente, cabrá reconocer que el Derecho administrativo recibe una institución ya acuñada. Pero, además de que no la recibe sin adaptarla, además de que el Derecho civil no ha conseguido conclusiones firmes y cerradas, su historia aquí es, como mínimo, la de esa recepción. Después de esa recepción también ha tenido sus propios avatares aunque sólo sea porque se desarrollan en un mundo jurídico distinto, el de la Administración pública, de aquél en que primeramente se concibió y en el que todavía continúa evolucionando».

Con todo, es menester, siquiera brevemente, examinar el planteamiento de esta doctrina en Derecho civil.

Según señala NÚÑEZ LAGOS¹¹¹, la doctrina del resarcimiento en caso de enriquecimiento injusto deriva ya del *Digesto*, con la regla *iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*, que pasa a las Partidas, «ninguno non deue enriquecerse torticeramente con daño de otro», y, después de la publicación del Código Civil, el Tribunal Supremo la mantiene vigente e intangible sin titubeos. «El eje cardinal de la teoría del enriquecimiento está en el tránsito de valor sin causa de un patrimonio a otro verificado externamente de conformidad con el Derecho objetivo, pues si no apareciera el desplazamiento patrimonial como algo devenido, según Derecho, no llegaría a tener existencia. El orden jurídico no evita que el desplazamiento patrimonial se produzca. Pero da medios para impedir que se consolide definitivamente, si la atribución patrimonial se verificó sin causa».

Por su parte, Díez Pícazo¹¹², considera que la causa de la atribución patrimonial (distinta de la del contrato o negocio) es la situación jurídica que la autoriza o justifica, dando lugar a la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa cuando falta la misma.

Nuestro Código Civil, a diferencia de otros, no recoge explícitamente la institución con carácter general, pero, tras la reforma del

¹¹¹ NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Ed. Reus, págs. 1-5.

¹¹² Díez Pícazo, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.ª ed., Ed. Tecnos, págs. 82 y ss.

título preliminar, alude a ella en el artículo 10.9 (para determinar la ley aplicable) y es, como hemos visto, el fundamento principal de los llamados cuasicontratos. Además, esta doctrina se encuentra consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Cfr., entre otras muchas, STS 26-3-1993, Ar. 2395, 19-5-1993, Ar. 3803, 31-10-2001, Ar. 9639, 4-12-2001, Ar. 9929, 6-6-2002, Ar. 5892, 31-7-2002, Ar. 8436, y 22-10-2002, Ar. 8774).

Sus requisitos son los siguientes: i) un enriquecimiento del demandado, que puede tener lugar tanto por un incremento del patrimonio como por una no disminución de mismo; ii) un correlativo empobrecimiento del actor, que puede consistir en la salida de un valor de su patrimonio, en un servicio no remunerado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo, y que, en todo caso, no sea imputable al propio actor, ni le haya reportado provecho ni provenga de iniciativa suya que no le permita ostentar un justo título, caso de empobrecimiento por acto ilícito; y iii) la falta de causa de la atribución patrimonial, lo que sucede cuando no existe un negocio jurídico válido y eficaz entre las partes ni tampoco existe una expresa disposición legal que autorice la atribución patrimonial. iv) Suele mantenerse, finalmente, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto, *in rem verso*, tendente al resarcimiento, de suerte que no cabe acudir a esta doctrina cuando existe una normativa específica que regula el supuesto concreto de que se trata (STS 6-6-2002, Ar. 5892, y 28-2-2003, Ar. 2723, como más recientes, así como las que en ellas se citan), aunque algunas Sentencias afirman que «el requisito de la subsidiariedad, propio del Derecho italiano, no es unánimemente exigido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia española (STS 26-3-1993, Ar. 2395, y 19-5-1993, Ar. 3803).

b) Enriquecimiento injusto y responsabilidad patrimonial

Por lo que se refiere a la diferencia entre el enriquecimiento injusto y la responsabilidad extracontractual, particularmente la de la Administración, y siguiendo a REBOLLO PUIG¹¹³, estas dos instituciones han sido diferenciadas a menudo en Derecho civil de manera que la restitución debida en virtud de enriquecimiento sin causa y la indemnización correspondiente al Derecho de daños operan en supuestos y con efectos diversos.

Se señala, así, en primer lugar, la ilicitud y culpabilidad en el acto causante del daño como primera diferencia con el enriquecimiento

¹¹³ Ob. cit., págs. 21 y 22.

sin causa, puesto que éste, abandonada ya la vieja concepción del enriquecimiento «torticero», puede darse ante un comportamiento lícito e incluso con buena fe del enriquecido. Sin embargo, no es ésta la diferencia esencial, incluso en el ámbito civil en que la responsabilidad extracontractual por culpa se ha matizado, haciendo la exigencia de ésta cada vez más débil. Es más, en Derecho público, habida cuenta del carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual de la Administración (art. 106.2 CE), no puede pretenderse, en modo alguno, que el expresado criterio pueda ser útil a los efectos de diferenciar ambas instituciones.

Antes bien y de acuerdo con REBOLLO PUIG, «el sentido general de ambas instituciones es siempre distinto, como diferente es la pretensión que cada una ampara. Sintetizando la solución jurisprudencial y doctrinal dominante puede decirse que «la pretensión por daños se orienta siempre al agente provocador... La pretensión de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa...», dejando en segundo término al agente provocador de la atribución patrimonial. La pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido. En la primera, la reparación se extiende al daño total... En la segunda, la restitución tiene su objeto y medida —salvo desviaciones concretas— en la cuantía del enriquecimiento...». Lo fundamental es que la acción de responsabilidad ampara la pretensión de reparación de daños y perjuicios, sin que sea necesaria la obtención de beneficios por el responsable ni, de existir, tenga ello relevancia; la acción de enriquecimiento no persigue dejar indemne al actor —entre otras cosas, porque no tiene que haber sufrido daños propiamente dichos—, sino atribuirle el valor de una ventaja patrimonial que ha adquirido otro a su costa y sin causa. La responsabilidad traslada del patrimonio que inicialmente lo ha sufrido a otro distinto las consecuencias económicas de un daño; el enriquecimiento injusto traslada de un patrimonio a otro el valor de una ventaja o beneficio recibido».

En particular, en el ámbito jurídico-público, si bien algunos autores, como GARRIDO FALLA¹¹⁴, han presentado el enriquecimiento sin causa al hilo de los cuasicontratos de gestión de negocios y pago de lo indebido, GARCÍA DE ENTERRÍA, como hemos visto, fundamenta la responsabilidad extracontractual de la Administración en la interdicción del enriquecimiento injusto de la misma, de suerte que tal enriquecimiento no es sino un título de imputación de responsabi-

¹¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, «Las obligaciones administrativas», *Revista de Derecho privado*, octubre 1960, págs. 763 y ss.

lidad patrimonial de aquélla, con lo que pierde sustantividad o autonomía conceptual.

Siguiendo de nuevo a REBOLLO PUIG¹¹⁵, podemos afirmar el diferente campo y contenido de las obligaciones administrativas de restitución del enriquecimiento y de indemnización de los daños causados por los servicios públicos, aunque tienen zonas comunes. En efecto, puede haber daños causados por la Administración y que ésta deba indemnizar sin que se haya producido un correlativo enriquecimiento administrativo en ningún sentido, lo que es el supuesto más frecuente. En sentido contrario, cabe que el enriquecimiento injusto de la Administración se haya originado sin causar un daño al administrado. Habrá, entonces, empobrecimiento pero no propiamente daño. Así, en muchos supuestos de prestaciones a favor de la Administración sin contrato o con contrato nulo puede detectarse este fenómeno, fuera, claro está, de la ganancia dejada de obtener. Todavía más claro es el caso de utilización de bienes de particulares por la Administración sin causar daño alguno, pero sí con un enriquecimiento injusto de aquélla. Además, y ésta es la diferencia absolutamente fundamental, el enriquecimiento de la Administración puede no haber sido causado por ésta; es decir, puede no ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, e incluso puede derivarse de fuerza mayor, y aún así habrá de resarcirse el posible enriquecimiento sin causa.

Es más, de acuerdo con el citado autor y salvo supuestos excepcionales, «será fácil distinguir la obligación de restituir el enriquecimiento injusto de la de indemnizar los daños causados. Y sobre todo, la pretensión es distinta en la acción de responsabilidad y en la acción de enriquecimiento. En el primer caso se pretende el resarcimiento total de los daños y perjuicios causados por la Administración, de manera que sea ésta la que soporte finalmente la pérdida o menoscabo patrimonial sufrido por el particular; al final, por tanto, si prospera la acción, la Administración soportará el daño que ella misma causó y sufrirá normalmente una disminución patrimonial respecto a la situación anterior a la producción de daño. Con la acción de enriquecimiento sin causa contra la Administración [en cambio] sólo se persigue la restitución de un valor injustificadamente ingresado por aquélla a costa del reclamante y en la medida en que éste se ha empobrecido, es decir, en la medida en que debía corresponder a este último; de lo que se trata es de que, finalmente, la Administración tenga una situación patrimonial igual a la anterior a producirse su indebido enriquecimiento y, aunque con distinta composición (pues normal-

¹¹⁵ Ob. cit., págs. 72 y 73.

mente conservará la cosa o utilidad de cualquier tipo pero a cambio del valor), su patrimonio no sufre ninguna merma o disminución».

c) Su aplicación jurisprudencial en relación con la Administración

La mayoría de las ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en torno a un posible enriquecimiento injusto de la Administración lo ha hecho en el marco de la contratación pública, sobre todo en relación con los excesos de obra sobre proyecto efectivamente ejecutado, esto es, apreciando un enriquecimiento sin causa de la Administración por prestaciones del contratista superiores a las que estaba obligado, junto al que se produce por prestaciones en virtud de contratos administrativos que no han sido válidamente concluidos, sin perjuicio de la posible aplicación de la doctrina en una multiplicidad de supuestos de difícil sistematización.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al enriquecimiento sin causa en el marco de la contratación pública, existen varias Sentencias dictadas entre 1975 y 1985 en las que el Tribunal Supremo vincula la obligación que pesa sobre la Administración de satisfacer al contratista por la ejecución de obras efectivamente realizadas a la gestión de negocios ajenos, en aquellos casos en que la negativa de la Administración provenía de defectos formales que acarrearaban la nulidad del contrato en que, en última instancia, tenían su fundamento las obras. Así, en la Sentencia de 11 de octubre de 1979 (Ar. 3448), en el supuesto de obras de un proyecto de abastecimiento de aguas realizadas en virtud de una modificación contractual, posteriormente declarada nula debido a defectos formales, se establece que «incluso en la hipótesis de que la realización de una obra o servicio por un particular, en beneficio de la Administración, no cuente con una base paccionada, por elemental que sea... lo procedente, ante la situación fáctica irreversible, y los intereses subyacentes, es configurar esta situación jurídicamente como cuasi contrato de gestión de negocios (*negotiorum gestio*), en virtud de la cual la Administración debe compensar al cuasi contratista por la actividad que su actividad le haya reportado, disponiendo éste de una *actio in rem verso*, fundada en el enriquecimiento sin causa que se produciría, de no funcionar los debidos recortes compensatorios». En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 29 de octubre de 1980 (Ar. 3964) y 21 de noviembre de 1981 (Ar. 5267).

Con mayor precisión, la Sentencia de 22 de junio de 1982 (Ar. 3323), y para el caso de trabajos adicionales realizados por el contratista, no incluidos en el proyecto inicial, y que fueron reconocidos como necesarios por el director técnico de las obras, señala que el

desequilibrio patrimonial entre los beneficios obtenidos por la Administración y la carga sufrida por el contratista debe corregirse no a través de la gestión de negocios ajenos sino por medio del principio prohibitivo del enriquecimiento injusto y el ejercicio de la *actio in rem verso*. En el fondo, esta Sentencia no se aparta de las anteriores, si bien, sobre la base de la existencia de una relación contractual válida entre las partes que no era discutida en modo alguno, entiende que ello excluía la figura de la *negotiorum gestio*.

La Sentencia de 20 de diciembre de 1983 (Ar.6354) vuelve a ocuparse del supuesto de variaciones en relación con el proyecto y presupuesto iniciales, variaciones que fueron ordenadas por el director de la obra designado por el Ayuntamiento reclamado, y que si bien no fueron aprobadas formalmente por dicha Corporación, sí eran conocidas o consentidas por ésta. En este supuesto, el Alto Tribunal, citando las Sentencias anteriores de 21 de noviembre de 1981 y 12 de febrero de 1979 (Ar. 908), asienta aún más una doctrina que ha venido reiterando en multitud de Sentencias posteriores, para los casos en que las modificaciones en la prestación del contrato fueran consecuencia de orden dada por el director de la obra. Así, en virtud de la fundamentación jurídica de dicha Sentencia, «la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de las reclamaciones por los excesos sobre el Proyecto que hubieren sido efectivamente ejecutados como consecuencia de órdenes de la Administración, por entender, en algunos casos, que no se producía alteración sustancial del proyecto, pero llegando en algún otro a afirmar, que si efectivamente fueron ordenadas las obras, los vicios existentes en dichas órdenes como consecuencia del incumplimiento de los citados requisitos de competencia o procedimiento, al no ser imputables al contratista, no pueden oponerse a que él percibiese su importe, siempre que las órdenes se diesen por quienes y del modo que para el contratista tuviese apariencia de efectiva potestad». Por tanto, lo que habrá de ser comprobado normalmente es si las modificaciones en la prestación del contrato vienen dadas por el director de la obra (para lo que se suele atender a las certificaciones).

Por su parte, la Sentencia de 13 de abril de 1981 (Ar. 1840) estima que «el abono de este plus de obra procedería, por un elemental principio de justicia material, que es el que ha determinado que... se disponga que el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente ejecute, con arreglo al precio convenido... ya que, de lo contrario, si el exceso de obra no se satisficiera al contratista, el resultado sería un enriquecimiento indebido de la Administración, a costa del particular contratante, totalmente inadmisibles...».

En esta misma línea, las Sentencias de 30 de marzo de 1991 (Ar. 2022) y 4 de mayo de 1999 (Ar. 5086) condicionan la satisfacción al contratista por la ejecución de unidades de obra no contempladas inicialmente a la autorización, al menos tácita, de la Administración o al carácter imprevisible de las mismas. En el supuesto contemplado en la primera de ellas, el contratista tuvo que emplear unos medios más costosos de los previstos inicialmente por circunstancias imputables a la Administración, que no llevó a cabo las expropiaciones necesarias y no disponía de las autorizaciones de los organismos afectados. Asimismo, la aparición de roca de manera inesperada obligó a utilizar medios ni siquiera previstos. En este caso, el Alto Tribunal sostuvo que, tratándose de unidades de obra no contempladas en el proyecto, pero autorizadas tácitamente por la actuación de la Administración o impuestas por la propia dinámica de la construcción, y siendo totalmente imprevisibles, por lo que no podían considerarse inherentes a la contrata, no podía obligarse al contratista a realizarlas sin contraprestación o por un precio calculado para unidades de obra de distintas características técnicas.

Por el contrario, en la Sentencia de 4 de mayo de 1999 se llega a una conclusión inversa, en relación con la reclamación del importe correspondiente a la realización de un camino de acceso para la maquinaria, que fue expresamente rechazado por la Administración en la memoria del proyecto inicial. Así, se determina que todas las obras ordenadas por la dirección técnica han de ser aceptadas o, al menos, consentidas, por la Administración, mientras que en el caso objeto del recurso de casación, la Diputación no dio consentimiento a un importe de las obras distinto al que efectivamente pagó. Además, se señala que es el contratista la persona obligada a conocer las particularidades técnicas del caso, y el que asume el riesgo derivado de las contingencias definidas en la Ley de Contratos del Estado, dado que pesa sobre él una obligación de resultados. Por tanto, no se entiende que las circunstancias que motivaron el incremento de obra, tuvieran un carácter imprevisible. Por lo demás, respecto a la doctrina mantenida por la Sentencia anteriormente citada de 30 de marzo de 1991, el Tribunal entiende que no era aplicable al supuesto tratado, pues, si bien es cierto que la primera se refería igualmente a unidades de obra no contempladas en el proyecto inicial, éstas fueron autorizadas tácitamente por la Administración y tenían además un carácter imprevisible que no podía considerarse inherente a la contrata, tratándose de circunstancias del todo ajenas al contratista e imputables a la Administración.

Podemos citar, asimismo, otras dos Sentencias en la que tampoco se aprecia la existencia de enriquecimiento injusto. Así, en la Sentencia

cia de 10 de octubre de 2000 (Ar. 10679) se justifica la no aplicación en ese caso de la doctrina prohibitiva del enriquecimiento injusto en el supuesto de excesos de obra sobre proyecto efectivamente ejecutado, según órdenes efectuadas por la propia Administración, puesto que existió una clara descoordinación entre la dirección facultativa y el contratista interviniente. Por su parte, la Sentencia dictada el 12 de junio de 2000 (Ar. 4773) hace referencia a un caso en que el Ayuntamiento suscribe el contrato administrativo con una determinada empresa, que, a su vez, concierta la ejecución de las obras con una constructora. Ésta última reclama al Ayuntamiento el cobro de unas obras ejecutadas y no satisfechas, alegando un enriquecimiento del Ayuntamiento a costa de un empobrecimiento de la misma. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende que, en este caso, el enriquecimiento del Ayuntamiento no es correlativo al empobrecimiento de la constructora, pues la obligación del Ayuntamiento de liquidar las obras surge frente al contratista. Es precisamente éste el que habría obtenido el enriquecimiento derivado de las obras ejecutadas por la constructora. De esta manera, se excluye el enriquecimiento sin causa ante la falta de una relación jurídica entre la Administración y el reclamante.

Contemplan, en cambio, supuestos de enriquecimiento sin causa de la Administración por exceso de obra las Sentencias de 28 de enero, 21 de julio y 9 y 16 de octubre de 2000 (Ar. 1579, 7759, 8240 y 8249) y 23 de abril y 1 de julio de 2002 (Ar. 7014 y 6125).

Existen otros supuestos en que no se trata ya de un simple exceso de la obra ejecutada, sino de la ejecución de un contrato que, en sí mismo, resulta nulo. Por ejemplo, la Sentencia de 11 de mayo de 1989 (Ar. 4488), a través del fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia apelada, que se acepta, nos enseña que «si bien es cierto que no existe respecto de contrato válido por haberse prescindido del procedimiento establecido..., dicha nulidad no puede invocarla a su favor la parte que lo ha originado, en este caso el Ayuntamiento, al no haberse adoptado por acuerdo permanente y con aquellas formalidades legales exigibles, la decisión del Alcalde de encargar la construcción de determinadas obras municipales; y en estos supuestos tiene declarado el Tribunal supremo en Sentencias de 22 de enero de 1975 (Ar. 8) y 3 de noviembre de 1980 (Ar. 4255) que «aparte o con independencia de la perspectiva contractual no puede ignorarse la existencia en el campo del Derecho administrativo de otras fuentes de las que surgen obligaciones de tal carácter, tales como la llamada gestión de negocios de la Administración, o aplicación de la doctrina de la conversión de los actos administrativos, en los cuales el gestor o contratante de buena fe, confiado en la legitimación del Alcalde para convenir la rea-

lización de dichas obras, debe ser protegido; y por otra parte, aunque falten los elementos esenciales de formalización del contrato, pero no su existencia, cuando una vez realizada la obra se integró en el patrimonio municipal, si no se abonara su importe, pugnaría con la justicia y equidad porque se beneficiaría de ella una parte contratante en perjuicio de la otra, creándose una situación de enriquecimiento injusto»; y, en esta línea, en su propia fundamentación recoge la doctrina jurisprudencial expresiva de que «la obligación de pago es incuestionable —tanto si se fundamenta en el cuasi contrato de gestión de negocios, admitido por un cierto sector de la doctrina moderna que considera suficiente para el ejercicio de la acción *in rem verso* la utilidad que ha reportado al ente público la prestación del servicio, como si se apoya en el enriquecimiento injusto que impone a éste la compensación del beneficio económico recibido, que en el caso de autos no se niega ni contradice— derivando, pues, de las expresadas fuentes y no de un irregular contrato administrativo... la obligación de pago del Ayuntamiento... de las obras que han sido realizadas por encargo expreso de la Alcaldía y posteriormente entregadas y recibidas por la corporación municipal».

En este mismo sentido, puede citarse la anterior Sentencia de 15 de julio de 1985 (Ar. 3916) así como la posterior de 30 de septiembre de 1999 (Ar. 8331), la cuales consideran sendos supuestos en que los contratos habían sido adjudicados sin cumplir las formalidades legales y, en particular, en el segundo caso, por un órgano incompetente, sin consignación presupuestaria y sin expediente de contratación de ninguna clase, pero las obras habían sido efectivamente realizadas, de modo que si no fueran satisfechas por el Ayuntamiento se produciría un enriquecimiento injusto.

Asimismo cabe invocar la Sentencia de 21 de septiembre de 2000 (Ar. 7299), que contempla un supuesto de actos externos inequívocos por parte de la Administración que originaron un desembolso económico del particular, y la de 15 de noviembre de 2000 (Ar. 10266), que considera una obra inducida por el Ayuntamiento y conforme a sus instrucciones.

Ahora bien, la doctrina del enriquecimiento injusto no es aplicable cuando la atribución patrimonial viene justificada de otro modo. Así, la Sentencia de 29 de mayo de 2000 (Ar. 5492) se pronuncia sobre la pretensión de la concesionaria recurrente alegando enriquecimiento injusto de la Administración con ocasión de la reversión operada al final de la concesión. Dicha pretensión es desestimada, puesto que no se da la falta de causa que justifique el enriquecimiento. En efecto, el desplazamiento patrimonial constituido por la reversión tiene una causa reconocida y amparada por el

ordenamiento, por lo que debe excluirse el enriquecimiento injusto de la Administración.

Así también la Sentencia de 24 de octubre de 2000 (Ar. 9004) niega la aplicación de la doctrina de referencia cuando el enriquecimiento tiene su base en un contrato, en la ley o en una Sentencia. Se ratifica, así, como dice la Sentencia de 10 de julio de 2001 (Ar. 7744) el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto y la evitación de su aplicación en el marco de las relaciones contractuales válidas. A este respecto, cabe citar también la Sentencia de 24 de octubre de 2000 (Ar. 10369), referida a la impugnación del Real Decreto que dispuso la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del especial aplicable a los funcionarios de la Administración local, y en la cual se establece que «no puede aplicarse el principio prohibitivo del enriquecimiento cuando tiene su base en un contrato, en la Ley, o en una Sentencia».

d) Derecho administrativo y Derecho privado ante las obligaciones de la Administración Pública por enriquecimiento injusto. Competencia contencioso-administrativa

Como advierte REBOLLO PUIG¹¹⁶, «el enriquecimiento injusto o sin causa se produce en el seno de relaciones entre Administración y administrados de muy distinta naturaleza; frecuentemente con ocasión de relaciones jurídico-administrativas previas en cuyo desarrollo o extinción se da origen al enriquecimiento. Con ese marco, es fácil reconducir la obligación de restitución del enriquecimiento a la misma naturaleza de la relación con ocasión de la cual se produjo el desequilibrio patrimonial... Por esta vía, al Derecho administrativo se reconducirá el enriquecimiento injusto originado por actos administrativos cuya impugnación en vía contencioso-administrativa permitirá acumular a la pretensión de nulidad la de restitución del enriquecimiento, una más de las que, para el pleno restablecimiento de la situación jurídica lesionada, acoge nuestro ordenamiento» en los artículos 1 y 31.2 de la vigente LJCA.

Si, en cambio, partimos de la diferencia entre enriquecimiento sin causa y responsabilidad patrimonial, no será aplicable la unificación de fuero de ésta ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (arts. 9.4 LOPJ, redactado por Ley Orgánica de 13 de julio de 1998, y 2 e) LJCA).

Así, la concordancia con la relación originaria es frecuentemente invocada por los tribunales contencioso-administrativos para justifi-

¹¹⁶ Ob. cit., págs. 108 y ss.

car su competencia respecto al enriquecimiento injusto surgido en el seno de contratos administrativos como consecuencia de la realización de prestaciones superiores a las pactadas formal y válidamente, al igual que sucede en el supuesto de un contrato administrativo nulo pero cuya ejecución por una parte provoca el enriquecimiento sin causa de la Administración, partiendo de que la falta de formalidades no priva a los contratos administrativos de este carácter.

De este modo, la Sentencia de 13 de julio de 1984 (Ar. 4676) niega que

«pueda oponerse a ello cuestión sobre la naturaleza civil o administrativa de dicha relación cuasicontractual, pues esta jurisdicción no pierde su competencia en cuanto que la acción in rem verso se desenvuelve en el campo de las relaciones de Derecho público, máxime si... dicha acción aparece sustancialmente vinculada a la continuación en una prestación de servicios que venía anteriormente legitimada por un contrato de indiscutible naturaleza administrativa, cuya nulidad, inexistencia o extinción no es causa suficiente para dar entrada a la jurisdicción civil en un tema que, en definitiva, se refiere a un servicio público... dado que los cuasicontratos administrativos merecen igual norma de competencia que los contratos administrativos».

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1986 (Ar. 1251) concuerda con lo expuesto al decir que

«la procedencia de una cuestión de enriquecimiento... entraña todo un haz de cuestiones que habrán de ser ventiladas ante la jurisdicción contencioso-administrativa... pues ciertamente lo referente a la eficacia o ineficacia y a los efectos que debe desplegar un negocio tan informalmente concertado, pero de indudable naturaleza no privada, es materia cuyo conocimiento compete a dicha jurisdicción y no a la ordinaria».

Ahora bien, cuando el enriquecimiento se produce ante una simple actividad material de la Administración o como consecuencia de fenómenos naturales o de la actuación del administrado sin ninguna relación previa con la Administración, la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa no es tan clara y puede ceder ante la *vis attractiva* del orden civil (art. 9.2 LOPJ). Tal es el caso considerado por la Sentencia de 18 de junio de 1985 (Ar. 3842), si bien tampoco parece seguro que en el supuesto examinado (trabajos realizados para la Administración sin encargo previo, que sí cabe considerar inscritos dentro de una relación administrativa) deba deferirse el conocimiento de la pretensión a los tribunales civiles.

Por lo demás, termina REBOLLO PUIG¹¹⁷ con la aplicación del Derecho administrativo y la fiscalización contencioso-administrativa a las relaciones entre distintas Administraciones Públicas, con cita, entre otras, de la Sentencia de 6 de octubre de 1990 (Ar. 7891) en relación con la satisfacción de gastos comprometidos con anterioridad a la transferencia de competencias y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas.

A este respecto, cabe citar también la Sentencia de 24 de octubre de 1990 (Ar. 8139), referida a la impugnación del Real Decreto que dio origen a la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias y Servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, y en la que se declaró la nulidad de dicho Decreto por violación de la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias y Servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, en la que se declaró la nulidad de dicho Decreto por violación de la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias y Servicios del Estado a las Comunidades Autónomas.

Como advierte REBOLLO PUIG¹¹⁸ «el reconocimiento implícito o tácito de la competencia por parte de una Administración Pública a otra Administración Pública, en el ámbito de la competencia que le ha sido atribuida por la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias y Servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, no produce el efecto de que la Administración Pública que recibe la competencia se convierte en titular de la competencia que le ha sido atribuida por la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias y Servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, sino que la Administración Pública que recibe la competencia se convierte en titular de la competencia que le ha sido atribuida por la Ley Orgánica de Transferencia de Competencias y Servicios del Estado a las Comunidades Autónomas».

¹¹⁷ Ob. cit., págs. 114 y 115.

LA APORTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO AUTONÓMICO: UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DE SUS PRINCIPALES CRITERIOS GENERALES

POR

MIGUEL ÁNGEL PÉREZ GRANDE

TÉCNICO SUPERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: I. Precisiones iniciales. II. Principales criterios jurisprudenciales. I. El Estatuto de Autonomía como referente básico de la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. 2. Los trasposos de servicios: naturaleza y alcance. 3. Los principios del orden económico. 3.1. Los principios de la llamada «Constitución económica». 3.2. La potestad de gasto público. 4. El principio de territorialidad. 5. El principio de seguridad jurídica. 6. El concepto de «bases» o «legislación básica». 7. Los conceptos de «legislación» y «ejecución». 8. La supletoriedad del derecho estatal. 9. Las situaciones de concurrencia competencial. 10. La ejecución del Derecho comunitario europeo. 11. Los conflictos competenciales: objeto y alcance. 12. Los informes: valor y efectos. 13. Las «cláusulas de salvaguardia». 14. Las «omisiones relevantes». 15. La reproducción de disposiciones estatales por la legislación autonómica. 16. La indisponibilidad de las competencias. 17. El valor de preámbulos, rúbricas y definiciones legales. 18. La no derogación del derecho estatal por el legislador autonómico. 19. La invocación formal de los títulos competenciales en las leyes. 20. La «interpretación conforme» de las leyes. 21. El «uso torticero» de las normas. 22. La remisión de la ley estatal a sus normas de desarrollo. 23. La jurisdicción constitucional y la calidad técnica de las leyes.

I. ALGUNAS PRECISIONES INICIALES

Desde su posición de garante e intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha venido desarrollando una labor que, sin duda, puede calificarse de esencial para la consolidación del nuevo sistema de distribución territorial del Estado que nace con la aprobación del texto constitucional de 1978. La razón de ello hay que buscarla en la propia configuración del modelo de organización territorial diseñado en el Título VIII de la Constitución, que se caracteriza por su carácter abierto y amplio tanto en la propia iniciativa del mismo, como en la posterior determinación de los respectivos ámbitos competenciales, cuyo máximo exponente es el llamado principio

dispositivo, lo que va a exigir de los diversos intervinientes un gran esfuerzo de innovación para afrontar los complejos y variados problemas que surgen a medida que se produce la implantación progresiva del sistema.

Es en este contexto donde adquiere toda su virtualidad la aportación realizada durante estos años por el Tribunal Constitucional, tratando de elaborar un conjunto de principios, reglas y criterios —una «arquitectura constitucional»— que ha contribuido de modo decisivo a la construcción, vertebración y desarrollo armónico y equilibrado del nuevo sistema de reparto territorial del Estado. Es por ello que puede hablarse con propiedad de una evolución de la doctrina constitucional caracterizada por una primera etapa de carácter «creativo o constructivo», y una posterior más «aplicativa».

En concreto, esta labor del Tribunal Constitucional se ha orientado en múltiples direcciones, siendo las más significativas las siguientes:

- La definición de los ámbitos materiales de los respectivos títulos competenciales. Así, ha sucedido en relación con las materias de ordenación territorial (STC 36/1994); defensa del consumidor (STC 71/1982 y 15/1989); espacios naturales protegidos (STC 102/1995); vertidos (SSTC 149/1991 y 110/1998); puertos (STC 40/1998), etc. También puede incluirse aquí la doctrina sobre el principio de territorialidad como límite para el ejercicio de las respectivas competencias autonómicas (STC 132/1996) o la modulación del criterio supraterritorial, descartando que pueda invocarse como cláusula atributiva de competencias a favor del Estado, salvo en casos excepcionales (STC 329/1993).
- La delimitación de los respectivos ámbitos funcionales. En este sentido, debe destacarse especialmente la doctrina establecida sobre el concepto de bases o legislación básica, tanto con carácter general, como en relación con cada uno de los sectores materiales en los que opera dicho concepto. La definición de principios de articulación competencial. Se hace referencia a los conceptos de «coordinación», «colaboración» o «cooperación» (SSTC 18/1982, 32, 42 y 76/1983, 80/1985, 13/1992, 67 y 118/1996); en cuanto principios constitucionales que, implícitos en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado, gozan de una enorme potencialidad en el momento actual caracterizado por la creciente complejidad e interdependencia en la actuación de los diferentes poderes públicos, y en especial en aquellos ámbitos donde existe

una estrecha concurrencia, cuya adecuada resolución debe producirse acudiendo, no a los oportunos mecanismos conflictuales, sino a los cauces de colaboración voluntariamente acordados entre las partes, motivo por el cual la doctrina constitucional viene realizando una continua llamada a su aplicación.

— La delimitación del contenido y alcance de los títulos de carácter horizontal. Con esta denominación se hace referencia a aquellos títulos competenciales estatales que, debido a su fuerza expansiva, la doctrina constitucional ha considerado procedente delimitar o acotar en sus estrictos términos a fin de evitar que los mismos pudiesen acabar vaciando el ámbito competencial propio de las Comunidades Autónomas en relación con los diferentes sectores con los que aquéllos guardan una estrecha conexión. Al respecto, puede destacarse la reiterada doctrina recaída sobre el alcance de la competencia atribuida al Estado

por el artículo 149.1.13.ª de la Constitución para fijar las bases de la ordenación de la actividad económica general (entre otras, las SSTC 144/1985, 95/1986 y 14/1989), o la llamada potestad subvencional estatal, cuyos criterios fundamentales se asientan en la STC 13/1992.

— La fijación de criterios relativos a la aplicación del Derecho comunitario. Se ha producido asimismo una abundante jurisprudencia sobre los efectos derivados de la recepción en España de la normativa europea, fijando criterios dirigidos a evitar que tal circunstancia pueda provocar una modificación del reparto competencial existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que en ningún caso se ve alterado, ya que son las reglas internas de distribución de competencias las que deben aplicarse para determinar la Administración competente para la ejecución de las normas europeas (SSTC 236/1991, 79/1992, 80/1993, etc.).

— El establecimiento de principios de integración. Se incluyen aquellos principios que configuran la llamada «Constitución económica», los cuales resultan imprescindibles para asegurar la cohesión y unidad del orden económico y constituyen un límite para la actuación de todos los poderes públicos: unidad de mercado, libre circulación de bienes (artículo 139 CE), etcétera (SSTC 37/1981, 1/1982, 96/1984, 88/1986, 64/1990 y 135/1992).

En esta misma línea ha de mencionarse la doctrina establecida sobre el alcance de la competencia estatal para fijar las condiciones

básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes prevista en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución (por todas ellas, la STC 61/1997 sobre la Ley del Suelo).

— La definición de principios de relación entre ordenamientos. En este punto merece especial atención la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional sobre el sentido y alcance de la llamada «cláusula de supletoriedad del derecho estatal» del artículo 149.3 de la Constitución, que ha tenido una innegable trascendencia en cuanto a la delimitación de la intervención del Estado en ámbitos atribuidos a la competencia legislativa exclusiva de las Comunidades Autónomas, y cuya referencia fundamental se contiene en la antes citada Sentencia 61/1997.

En la segunda mitad de los años ochenta, el recurso al Tribunal Constitucional ha sido muy alto, no empezando a bajar hasta principios de los noventa. El hecho de que ya no sea tan necesaria esta vía de resolución de los conflictos se debe, entre otros factores, a que a lo largo de estos años se ha ido consolidando una jurisprudencia constitucional —un verdadero «acervo» competencial— que ha permitido solucionar satisfactoriamente una gran parte de las controversias surgidas en estos últimos años, y porque además se ha ido progresivamente implantando una cierta «cultura cooperativa» que ha contribuido a una reducción significativa de las situaciones potencialmente conflictivas. Acudir al Tribunal Constitucional sólo debe ser la solución extrema una vez que se hayan agotado todas las posibilidades de negociación y acuerdo entre las partes. La cooperación, y no el conflicto, debe ser el modo normal de dirimir los litigios entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En suma, el presente trabajo no tiene más pretensión que la de tratar de extraer de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos hasta la fecha sobre el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aquellos criterios o conceptos con una clara proyección «general» u «horizontal» por ser de aplicación a cualesquiera clase de sectores o ámbitos materiales, y que han contribuido de forma decisiva a dotar de contenido concreto a un gran número de principios constitucionales y títulos competenciales, junto con su indiscutible valor hermenéutico y su no menos relevante condición de reglas o instrumentos de técnica normativa de enorme importancia para los operadores jurídicos. En tal sentido, se han seleccionado aquellas decisiones del Tribunal Constitucional que, con

todos los riesgos que conlleva cualquier selección, expresan de manera más clara y completa el sentido y alcance de los criterios reiteradamente establecidos por dicho Tribunal, haciendo referencia bien a aquellas sentencias que recopilan o sintetizan todas las decisiones recaídas con anterioridad sobre la materia o extremo en cuestión, bien a aquellas otras que, al margen de su reiteración, se estima conveniente su mención debido a su virtualidad práctica para el aplicador del derecho.

II. PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA COMO REFERENTE BÁSICO DE LA DELIMITACIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

«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 decisivo 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. Esta afirmación, sin embargo, no debe llevar a la idea de que, una vez promulgado el Estatuto de Autonomía, es el texto de éste el que únicamente debe ser tenido en cuenta para realizar la labor interpretativa que exige la delimitación competencial. Si se procediese así, se estaría desconociendo el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 CE). Ello supone (...) que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma» (STC 18/1982, F.J. 1).

2. LOS TRASPASOS DE SERVICIOS: NATURALEZA Y ALCANCE

No son normas atributivas de competencias

«(...) los Reales Decretos de transferencia no atribuyen ni reconocen competencias sino que traspasan servicios, funciones e instituciones. No son, en consecuencia, normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de los Decretos de traspasos (...). Desde esta perspectiva, pues, aunque el Real Decreto de traspaso pudiera tener cierto valor interpretativo, (...) este valor interpretativo no puede en modo alguno prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias» (STC 132/1998, F.J. 9).

Los traspasos como condición del pleno ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas

«(...) la atribución *ipso iure* de competencias debe entenderse como posibilidad de ejercicio inmediato de todas aquellas que para su ejercicio no requieran especiales medios personales o materiales. El traspaso de servicios es condición del pleno ejercicio de las competencias estatutariamente transferidas cuando, según su naturaleza, sea necesario e imprescindible, caso en el cual es constitucionalmente lícito el ejercicio de las competencias por el Estado mientras los servicios no sean transferidos (...). Todo lo cual resulta de la necesidad derivada del principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos» (STC 25/1983, F.J. 3).

3. LOS PRINCIPIOS DEL ORDEN ECONÓMICO

3.1. Los principios de la llamada «constitución económica»

Consideraciones generales

«Nuestro Texto Constitucional garantiza tanto la unidad de España como la autonomía de sus nacionalidades y regiones, lo que necesariamente obliga a buscar un adecuado equilibrio entre ambos principios, pues la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de

una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas. Ello otorga a nuestro ordenamiento, además, una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional (...). En todo caso, nuestra Constitución configura un modelo de Estado donde a los órganos centrales del Estado les corresponde, en una serie de materias, la fijación de los principios o criterios básicos de general aplicación a todo el Estado (...).

Una de las manifestaciones de esa unidad básica que la Constitución proclama se concreta en la «unidad de mercado» o en la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado (...), como se deduce tanto del Preámbulo —que garantiza la existencia de un «orden económico y social justo»— como de una interpretación conjunta de los arts. 2, 38, 40.1, 130.1, 131.1, 138.1 y 2, 139.2, 149.1.1.^a y 157.2 CE. En efecto, (...) en Estados como el nuestro, de estructura territorial compleja, la exigencia de que los principios básicos del orden económico sean unos y los mismos en todo el ámbito nacional es una proyección concreta del más general principio de unidad que el artículo 2 CE consagra (...). Y, asimismo, hemos inferido reiteradamente de esa unidad, como consecuencia necesaria, la exigencia de un mercado único (...), configurándola como un límite de las competencias autonómicas (...), término éste, el de «mercado», que equivale a «mercado nacional» o «mercado español», esto es, al espacio económico unitario, reconocido implícitamente como tal por el artículo 139.2 CE (...). Dicho límite o, una vez más, garantía de la «unidad de mercado» en el territorio nacional, no impide toda normación que, de una manera u otra pueda afectar a la libertad de circulación, sino la «fragmentación del mercado» (...), en el sentido de que las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquellas persiguen (...).

Al Estado se le atribuye por la Constitución, entonces, el papel de garante de la unidad, pues la diversidad viene dada por la estructura territorial compleja, quedando la consecución del interés general de la nación confiada a los órganos generales del Estado (...) y, en concreto, el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica que exige la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario y general a todo el territorio nacional (...). La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales

y desintegradores (...), siendo a partir de esa unidad desde la que cada Comunidad, en defensa del propio interés, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia (...).

En consecuencia, la efectiva unicidad del orden económico nacional requiere la unidad de mercado en la medida en que están presentes dos supuestos irreductibles: la libre circulación de bienes y personas por todo el territorio nacional que ninguna autoridad puede obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE) y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1.ª CE), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone» (STC 96/2002, F.J. 11).

Manifestaciones concretas

Mercado de valores

«(...) la distribución de competencias en materia de ordenación del crédito ha sido enmarcada, a su vez, «en los principios básicos del orden económico constitutivos o resultantes de la denominada constitución económica (...) y especialmente en la exigencia de la unidad del orden económico en todo el ámbito del Estado. Una de las manifestaciones de dicha unidad es el principio de unidad del mercado —y, por tanto, del mercado de capitales—, reconocido implícitamente por el artículo 139.2 CE, al disponer que “ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen (...) la libre circulación de bienes en todo el territorio español”. Otra manifestación de esa unidad del orden económico es la exigencia (...) de la adopción de medidas de política económica aplicables, con carácter general, a todo el territorio nacional, al servicio de una serie de objetivos de carácter económico fijados por la propia CE (arts. 40.1, 130.1, 131.1 y 138.1)» (STC 133/1997, F.J. 4 B).

Traslado de empresas

«(...) el traslado de industrias guarda estrecha relación con los principios de la constitución económica, (...) no sólo en la medida en que la actividad de traslado industrial de un lugar a otro dentro del Estado implica desplazamiento espacial de medios productivos y circulación, en consecuencia, de bienes y personas por el territorio nacional, sino también por cuanto constituye una relevante manifes-

tación de la libertad de empresa que el artículo 38 de la Constitución reconoce (...), entendida aquí como libertad de actuación, de elección por la empresa de su propio mercado, cuyo ejercicio en condiciones básicas de igualdad queda constitucionalmente garantizado, y cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad (...).

Cabe, por consiguiente, que la unidad de mercado se resienta a consecuencia de una actuación autonómica que, en ejercicio de competencias propias, obstaculice el tráfico de industrias (...).

Esta posibilidad no debe conducir, sin embargo, a considerar constitucionalmente inaceptable toda intervención económica de las Comunidades Autónomas mediante subvenciones u otro género de ayudas que repercutan de algún modo en la circulación de industrias por el territorio nacional, pues no han de perderse de vista que medidas de este tipo pueden resultar, al menos coyunturalmente y, en particular, en situaciones de crisis y deterioro industrial, indispensables para corregir o disminuir las insuficiencias o disfunciones que presente el mercado, incrementando la productividad, optimizando el crecimiento económico y favoreciendo, en definitiva, el desarrollo regional, fines todos ellos que, lejos de ser reprobables, la Constitución encomienda, como propios del Estado Social de Derecho, a todos los poderes públicos (...).

Ha de ponderarse, por esta razón, la compatibilidad, en cada caso, de las ayudas regionales con las exigencias de libre circulación e igualdad en las condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica que la unidad de mercado demanda, comprobando a tal efecto, la existencia de una relación de causalidad entre el legítimo objetivo que se pretenda y la medida que para su consecución se provea, asegurándose de su adecuación y proporcionalidad y delimitando, en fin, las consecuencias perturbadoras que de su aplicación puedan seguirse para el mercado nacional, en cuanto «espacio económico unitario» (...).

Útil será, a este respecto, tener presente la doctrina expuesta en las SSTC 37/1981 y 88/1986. En la primera, ha precisado este Tribunal que no toda medida que incida sobre la circulación de bienes y personas por el territorio nacional es necesariamente contraria al artículo 139.2 de la Constitución, sino que lo será cuando persiga de forma intencionada la finalidad de obstaculizar la libre circulación o genere consecuencias objetivas que impliquen el surgimiento de obstáculos que no guarden relación y sean desproporcionados respecto del fin constitucionalmente lícito que pretenda la medida adoptada (...). Por su parte, la STC 88/1986 ha señalado que la compatibilidad entre la

b) El segundo supuesto se da cuando el Estado ostente un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si ésta se califica de exclusiva (v. gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

c) Un tercer supuesto es aquél en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.

d) El cuarto y último supuesto es aquél en que no obstante tener las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre la materia en que recaen las subvenciones, éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u Organismo de ésta dependiente, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado. Pero ello sólo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circuns-

tancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior; a saber: Que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate» (STC 13/1992, FJ 8).

Aspectos de las ayudas que son de competencia estatal

«(...) no invaden las competencias atribuidas estatutariamente a la Generalidad de Cataluña, (...) el establecimiento de ayudas a la gestión de los sectores de distribución y comercialización del libro, las clases de estas ayudas, su cuantía máxima, el objeto o finalidad de las mismas, los requisitos de las empresas solicitantes y los criterios esenciales para la concesión» (STC 71/1997, FJ. 4).

«(...) la exigencia de una documentación común en todo el territorio nacional para solicitar las ayudas garantiza una homogeneidad en el cumplimiento de los requisitos exigibles para su obtención que es, sin duda, necesaria y no impide que las Comunidades Autónomas establezcan la presentación de otra complementaria». Asimismo, «el establecimiento de un plazo común para presentar las solicitudes en todo el territorio nacional, concebido como criterio coordinador, no menoscaba competencia autonómica alguna, porque puede resultar adecuado, en ocasiones, que el Estado establezca condiciones que garanticen la homogeneidad en la gestión» (STC 98/2001, FJ. 8 b y c).

Aspectos de las ayudas que son de competencia autonómica

«La posibilidad de establecer ayudas a cargo del Estado no impide, sino que facilita, el que la Generalidad de Cataluña (...) establezca las condiciones complementarias de otorgamiento, la tramitación y resolución de las solicitudes, así como la gestión de tales subvenciones» (STC 71/1997, FJ. 4).

«(...) la adopción de un único modelo oficial, por tratarse de un aspecto meramente procedimental, no puede considerarse que tenga un carácter básico» (STC 70/1997, FJ. 4).

«(...) es preciso distinguir entre aquellas ayudas de procedencia comunitaria que se cifran en una cantidad global y máxima atribuida a los Estados miembros y las que no contienen dicho tope; sin que se

produzca, en el caso de las segundas, el riesgo de sobrepasar la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector que haría imprescindible la gestión centralizada» (STC 70/1997, F.J. 3).

4. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

El territorio como límite del ejercicio de las competencias autonómicas y como criterio de atribución competencial

«(...) es preciso distinguir dos distintas funciones del territorio dentro del orden constitucional de competencias: el "territorio" como límite general del ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de sus propias competencias (en el sentido del art. 25.1 EAC: "Todas las competencias mencionadas en los anteriores artículos y en los demás del presente Estatuto se entienden referidas al territorio de Cataluña"); y el "territorial" como criterio específico de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en determinadas materias, y que supone una delimitación de las respectivas competencias según el alcance intra o supracomunitario de las mismas.

En el primero de los sentidos (...), el "principio de territorialidad" no constituye regla alguna de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino un límite general al ejercicio por las Comunidades Autónomas de cualesquiera competencias (...).

Sin embargo, es evidente que el artículo 9.14 EAC, al disponer (...) que la Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre "carreteras y caminos cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de Cataluña", no se está limitando a recoger el "principio de territorialidad" en el sentido indicado (para lo cual hubiera bastado con asumir si ello fuera constitucionalmente posible, competencia en materia de "carreteras y caminos", de lo que resultaría la imposibilidad de que hubiera carreteras estatales en el territorio de Cataluña), sino que está añadiendo un criterio delimitador de sus competencias en materia de carreteras frente a las del Estado» (STC 65/1998, F.J. 5).

Alcance de la cláusula de supraterritorialidad

«(...) la supraterritorialidad no representa, por sí sola, un criterio atributivo de competencias, pues esta circunstancia sólo puede suponer legítimamente un traslado de la competencia cuando la actividad pública concernida no sea susceptible de fraccionamiento y, aun en este caso,

cuando dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación por requerir un grado de homogeneidad que sólo pueda asegurarse mediante su atribución a un único titular, que forzosamente ha de ser el Estado, o, en fin, cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad para integrar intereses contrapuestos de diversas Comunidades Autónomas» (STC 306/2000, F.J. 8).

5. EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA

«(...) este principio implica la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio (...). Es decir, la seguridad jurídica ha de entenderse como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa (...), y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (...). En definitiva, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica» (STC 96/2002, F.J. 5).

6. EL CONCEPTO DE «BASES» O «LEGISLACIÓN BÁSICA»

«(...) la noción de "bases" (...) presenta una doble dimensión, material y formal. Materialmente, (...) es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (...). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (...) dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (...)— a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto».

En cuanto a la dimensión formal de las bases, «su finalidad esencial es la de excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las Comunidades Autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura (...). Por ello, (...) el instrumento para establecerlas es la ley (...). De suerte que la propia Ley puede y debe declarar expresamente el carácter básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión básica (...). Este Tribunal, cierto es, ha admitido que la exigencia aquí considerada no es absoluta; y consecuentemente ha estimado que excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas de rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases» (STC 223/2000, F.J. 6).

7. LOS CONCEPTOS DE «LEGISLACIÓN» Y «EJECUCIÓN»

«(...) cuando la Constitución usa el término "legislación" y lo atribuye a la competencia estatal incluye los reglamentos tradicionalmente denominados ejecutivos, esto es, los dictados en desarrollo de la Ley y complementarios de la normativa en ella recogida con la finalidad de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, facilitando la colaboración entre ley y reglamento (...).

Por su parte, la función ejecutiva atribuida a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos de Autonomía en aquellas materias sobre las que (...) la Constitución reserva al Estado la "legislación", comprende la potestad de administrar, así como, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa (...).

En resumen, (...) las competencias referidas a la legislación son normativas y comprenden la totalidad de la potestad para la regulación de la materia a que se contrae; y las competencias ejecutivas son por regla general aplicativas, llevando a la práctica lo establecido por las disposiciones normativas» (STC 196/1997, F.J. 7).

8. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL

(La cláusula de supletoriedad contenida en el artículo 149.3 de la Constitución) «no es, en manera alguna una cláusula atributiva de

competencias sobre cualesquiera materias a favor del Estado», por lo que «el Estado no puede dictar normas supletorias al carecer de un título específico que así lo legitime, sin que por otra parte el hecho de ostentar otros títulos competenciales susceptibles de incidir sobre la materia pueda justificar la invocación de la cláusula».

Por el contrario, la supletoriedad del derecho estatal «ha de ser inferida por el aplicador del derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes (...) no permite que el derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del derecho».

En consecuencia, hay que «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 Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad». Asimismo, «tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyan y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias» ni «puede justificar una actuación administrativa en ámbitos de competencia autonómica» (STC 61/1997, F.J. 12.c).

9. LAS SITUACIONES DE CONCURRENCIA COMPETENCIAL

«(...) 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, por lo que, frecuentemente, resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas (...). En definitiva, la concurrencia competencial no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudir 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 coexistir» (STC 15/1998, F.J. 3).

«(...) es precisamente esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales sobre el mismo espacio lo que obliga a buscar las fórmulas que, en cada caso, permitan su concreta articulación (...).

Al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación. Si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (...) y si la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía (...), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (...), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: el mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc.

Es posible, sin embargo, que estos cauces resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir. Para tales supuestos, (...) la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente (...) y que el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma (...). Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.» (STC 40/1998, F.J. 30).

10. LA EJECUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

La competencia para su aplicación en el orden interno

«(...) la distribución competencial que entre el Estado y las Comunidades Autónomas ha operado el Texto Constitucional rige también

para la ejecución del Derecho comunitario, pues la traslación de este Derecho supranacional no afecta a los criterios constitucionales del reparto competencial, de tal manera que el orden competencial establecido no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias (...). En definitiva, no sólo la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia, según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario (...), sino que esa responsabilidad *ad extra* de la Administración del Estado no justifica la asunción de una competencia que no le corresponde, aunque tampoco le impide repercutir *ad intra*, sobre las Administraciones Públicas autonómicas competentes, la responsabilidad que en cada caso proceda (...). Es más, las dificultades que pudieran existir en la ejecución de la normativa comunitaria, de existir, no pueden ser alegadas para eludir competencias que constitucionalmente corresponden a una Comunidad Autónoma» (STC 96/2002, F.J. 10).

La inadecuación del Derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad de las normas internas

«(...) el Derecho comunitario no es en sí mismo canon o parámetro directo de constitucionalidad en los procesos constitucionales (...). Cuando éstos tienen por objeto disputas competenciales que tengan su origen en la trasposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria, como en el caso enjuiciado, no corresponde a este Tribunal decidir si la Directiva ha sido o no correctamente incorporada al ordenamiento interno ni, en su caso si está siendo correctamente aplicada» (STC 13/1998, F.J. 3).

11. LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES

Alcance. Exigencia de un «efectivo y real» despojo de la competencia, y no de planteamientos meramente preventivos o virtuales. Inadmisión de impugnaciones abstractas y genéricas. Las «sentencias interpretativas»

«(...) el conflicto es un cauce reparador, sin que pueda utilizarse con funciones meramente preventivas frente a posibles o futuras actuaciones viciadas de incompetencia. Por ello, este Tribunal ha exi-

gido la afirmación de un efectivo y real ejercicio de la competencia por el ente territorial invasor que genere una correlativa *vindicatio potestatis* por el ente invadido que se ve despojado de su competencia, sin admitir planteamientos meramente preventivos, cautelares, virtuales o hipotéticos» (STC 101/1995, F.J. 6).

«(...) este Tribunal no debe pronunciarse sobre las eventuales o hipotéticas interpretaciones que sobre las normas impugnadas propongan las partes en un proceso constitucional, sino que su función, como supremo intérprete de la Constitución, consiste en determinar si la norma impugnada y sometida, por tanto, al juicio de constitucionalidad, se opone o no a los mandatos constitucionales. No proceden por ello pronunciamientos preventivos a través de los cuales se pretenda evitar una posible y no producida aplicación del precepto en contradicción con la Constitución; lo que ha de impedir este Tribunal a través del juicio de constitucionalidad, es que del precepto enjuiciado se deriven necesariamente resultados o consecuencias contrarios a la Constitución» (STC 172/1992, F.J. 2).

«Nuestra jurisprudencia no admite que las controversias competenciales sean resueltas desde un plano abstracto y generalizado, que prescinda de contrastar, de manera singularizada, los títulos competenciales invocados y el concreto contenido de cada uno de los preceptos sobre los cuales se proyecta la impugnación» (STC 146/1996, F.J. 1).

«(...) la sentencia interpretativa es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una sentencia de este género, no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, ni tampoco un órgano consultivo o de dictamen (...), y sólo cabe solicitar de él un pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución» (STC 16/1996, F.J. 6).

Objeto: actos impugnables. Posibilidad de impugnar los actos de aplicación aunque no se cuestionara la norma de la que traen causa

«(...) lo importante a estos efectos no es tanto la naturaleza o la forma del acto como la real existencia de una controversia o disputa ante un evidente ejercicio de competencias supuestamente lesivo del orden constitucional; jurisprudencia que ha permitido entablar conflictos frente a actos de trámite, circulares o instrucciones, comunicaciones, "comunicados de colaboración" o, incluso, excepcionalmente, la actuación material» (STC 101/1995, F.J. 6).

«(...) la indisponibilidad de las competencias hace imposible entender que la tácita aquiescencia de su titular a un acto ajeno que las desconozca o vulnere pueda ser entendida como renuncia, de manera que esa misma competencia puede ser por tanto reivindicada en el futuro, en los plazos y en la forma que la LOTC establece, con ocasión de cualquier otro acto que implique su ejercicio» (STC 176/1999, F.J. 3).

12. LOS INFORMES: VALOR Y EFECTOS

El carácter vinculante de los mismos

«(...) los informes vinculantes previstos en este artículo 10 no suponen, en el caso de que alguno de ellos hubiera de recabarse de un «Organismo» de la Administración estatal, una constricción ilegítima de las competencias autonómicas sobre cultivos marinos, sino un expediente de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes —estatal y autonómica— que, partiendo de títulos diversos y con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico, y que están llamadas, por consiguiente, a cohesionarse» (SSTC 103/1989, FJ 7 a, y 40/1998, FJ 38).

«Esta titularidad demanial del Estado justifica que la Ley pueda otorgar a la Administración central la facultad de emitir un acto que otorgue el derecho a ocupar la ribera del mar necesaria para ampliar un puerto, o para trazar una vía de transporte. Que dicho acto se exteriorice bajo la forma de un informe vinculante que hace posible —cuando es favorable— que el acto autonómico lleve ajeno el efecto adscriptorio, en vez de como una resolución estatal añadida al acto autonómico aprobando el proyecto de obras, resulta constitucionalmente válido. (...) simplifica la tramitación, (...) evitando tener que seguir dos procedimientos separados y facilitando la colaboración entre las Administraciones estatal y autonómica para el cumplimiento de sus distintos fines» (SSTC 149/1991, FJ 4 D. b. a', y 40/1998, FJ. 38).

«La existencia de un informe previo, y preceptivo, en tales casos, es así un medio razonable para asegurar que la realización de los planes y proyectos no encuentre al final un obstáculo insalvable. Cosa distinta es, naturalmente, el carácter vinculante que a tales informes preceptivos se otorga (...), pues la fuerza que así adquieren esos informes convierte de hecho la aprobación final del plan o proyecto en un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas y esa concurrencia necesaria sólo es constitucionalmente admisible

cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia» (SSTC 149/1991, FJ 7 A c, y 40/1998, F.J. 38).

La omisión en la legislación autonómica de la exigencia de los preceptivos informes estatales

«Este artículo no hace sino atribuir a la Comunidad Autónoma las expresadas autorizaciones y concesiones para instalaciones o explotaciones de cultivos marinos. Aunque su redacción no sea afortunada, pues (...) no hace referencia al previo informe de la Administración del Estado, lo cierto es que (...) la carencia indicada se salva por la necesaria integración de las diferentes normativas aplicables, de la que resulta la disciplina o régimen a que, en definitiva, queda sometido el supuesto contemplado» (STC 9/2001, F.J. 17).

13. LAS «CLÁUSULAS DE SALVAGUARDIA»

«(...) el Estado, en el ejercicio de sus competencias, no viene obligado a reservar, mediante una cláusula de salvaguardia, las competencias que puedan tener las Comunidades Autónomas en la respectiva materia (...). Tal doctrina es aplicable, por existir la misma razón, al supuesto de ejercicio de sus respectivas competencias por las Comunidades Autónomas» (STC 176/1999, F.J. 4).

«(...) es innecesario y no es exigible que las normas autonómicas contengan manifestaciones de sometimiento expreso a unas u otras competencias estatales, ya que la regulación del alcance y del ejercicio de éstas habrá de buscarse, obviamente, en la propia normativa estatal» (STC 179/1987, F.J. 5). O con otras palabras, «la falta de referencia a la normativa estatal no merece tacha de inconstitucionalidad si se interpreta que ese silencio no es sinónimo de una exclusión, respecto de la que la Comunidad Autónoma carece de toda competencia, puesto que la aplicación o no de la normativa estatal no está a la disponibilidad de lo que pueda establecer la Comunidad Autónoma sino a lo que derive de la Constitución y de los Estatutos, sin necesidad de cláusulas de salvaguardia» (STC 173/1998, F.J. 14, a).

14. LAS «OMISIONES RELEVANTES»

«(...) la omisión en una Ley particular de unas precisiones cualesquiera de carácter básico establecidas en Ley general no vicia necesari-

riamente de inconstitucionalidad a aquella Ley particular, pues estas precisiones mantienen su plena vigencia con independencia de que sean recordadas o no por el legislador (autonómico), cuya referencia a ellas sólo este carácter de recordatorio puede revestir (...).

Ahora bien, cuando a resultas de una omisión, sea parcial o completa, la norma autonómica contenga en sí misma y por consecuencia una regulación contraria a la Ley básica estatal, nuestra conclusión ha de ser distinta. Así, en nuestra STC 62/1993, pudo apreciarse que la norma autonómica enjuiciada se había limitado a reproducir las causas contenidas en la Ley básica del Estado, sin añadir otros motivos ni desarrollarlos con más detalle, pero suprimiendo significativamente algunas o restringiendo el alcance de otras. Esa reproducción parcial, con omisiones muy significativas, sólo puede ser entendida como reducción por la Ley autonómica del nivel de rigor que en materia de incompatibilidades establece la legislación básica del Estado (...). Por ello, (...) el precepto autonómico en cuestión contradecía y no respetaba la legislación básica del Estado al eliminar supuestos previstos por el legislador estatal, sin que sea óbice para ello, aparte de la inseguridad jurídica que genera este modo de legislar (...) el que la contradicción con la norma básica del Estado no lo sea por exceso, sino por defecto (...). La omisión adquiere significado constitucional cuando lo eliminado, como aquí sucede, tiene carácter básico y de ahí se infiere una contradicción con la norma básica. En efecto, omitir puede ser en ocasiones tanto como contradecir (...).

(...) resulta obligado concluir (...) que el silencio sobre esta condición básica (...) no puede calificarse como inocuo, indiferente o neutro (...). La incorporación íntegra de la norma básica ha de exigirse aquí y ahora por virtud del carácter esencial del requisito omitido» (STC 73/1997, F.J. 4).

15. LA REPRODUCCIÓN DE DISPOSICIONES ESTATALES POR LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

«Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal sobre las normas de las Comunidades Autónomas que reproducen la legislación estatal careciendo de la competencia correspondiente en la materia de que se trate (...). Dicha jurisprudencia declara la inconstitucionalidad de la normativa autonómica reproductora de la legislación estatal (...).

Cierto es que este Tribunal no es juez de la calidad técnica de las Leyes (...), pero no ha dejado de advertir sobre los riesgos de ciertas prácticas legislativas potencialmente inconstitucionales por inadecuadas al sistema de fuentes configurado en la Constitución. Así lo

hizo respecto de la reproducción por Ley de preceptos constitucionales (...), en otros casos en los que Leyes autonómicas reproducían normas incluidas en la legislación básica del Estado (...) o, incluso, cuando por Ley ordinaria se reiteraban preceptos contenidos en una Ley Orgánica. Prácticas todas ellas que pueden mover a la confusión normativa y conducir a la inconstitucionalidad derivada de la norma, como ocurre en aquellos supuestos en los que el precepto reproducido pierde su vigencia o es modificado, manteniéndose vigente, sin embargo, el que lo reproducía.

Pero, sobre todo y, muy especialmente cuando como en el caso ocurre, existe falta de competencia de la Comunidad Autónoma en la materia. Porque si la reproducción de normas estatales por Leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (...). En este sentido, (...) la simple reproducción por la legislación autonómica además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a las Comunidades Autónomas» (STC 150/1998, F.J. 4).

16. LA INDISPONIBILIDAD DE LAS COMPETENCIAS

«Este precepto vulnera las competencias de gestión de la Generalidad de Cataluña, ya que es esta Comunidad Autónoma quien debe realizar esas operaciones, sin que ello pueda condicionarse a la firma de un convenio de colaboración, ya que la fórmula del convenio no puede servir para que el Estado recupere competencias (...). Ni tampoco que merced a dicho Convenio la Comunidad Autónoma haya podido renunciar a unas competencias que son indisponibles por imperativo constitucional y estatutario» (STC 186/1999, F.J. 11 c).

«(...) las competencias son indisponibles por las Administraciones, lo que impide hacer prevalecer una presunta voluntad, fruto del acuerdo formalizado en los Decretos de transferencias, sobre el sentido objetivo de las normas constitucionales y estatutarias» (STC 9/2001, F.J. 6).

17. EL VALOR DE PREÁMBULOS, RÚBRICAS Y DEFINICIONES LEGALES

«Aunque quepa reprochar la introducción de elementos de imprecisión en la Ley, es lo cierto que, como ha reiterado este Tribunal, ni

las rúbricas de los títulos de las leyes ni los preámbulos tienen valor normativo (...), por lo que lo establecido en ellos no puede prevalecer sobre el articulado de la Ley» (STC 173/1998, F.J. 4).

«(...) la mera inclusión en la Ley de definiciones de conceptos generales no supone en modo alguno que nos encontremos ante una «norma meramente interpretativa» (...), ni que el legislador estatal se haya situado en la posición propia del poder constituyente, pues una cosa es que dicho legislador realice, con pretensiones normativas de validez general, una interpretación genérica y abstracta del sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias, con pretensiones de vinculación a las Comunidades Autónomas (tarea que, evidentemente, le está vedada), y otra muy distinta que, en el ejercicio de las competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le atribuyen para la ordenación de un sector material concreto, dicho legislador deba proceder a una interpretación del alcance y los límites de su propia competencia» (STC 40/1998, F.J. 6).

18. LA NO DEROGACIÓN DEL DERECHO ESTATAL POR EL LEGISLADOR AUTONÓMICO

«(...) cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias; pero ello no supone ni que la Comunidad Autónoma (...), sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales (...), aunque ello se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad, ni más genéricamente, para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (...), y no lo que establezca el legislador autonómico» (STC 132/1989, F.J. 33).

19. LA INVOCACIÓN FORMAL DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES EN LAS LEYES

«(...) del principio de Ley formal en la determinación de las bases (...) no se deriva para el legislador la obligación de invocar expresamente el título competencial que ampara sus Leyes (...) las competencias son indisponibles e irrenunciables, tanto para el legislador del Estado como para el de las Comunidades Autónomas; operan *ope*

Constitutionis, con independencia de que uno u otro legislador hagan invocación explícita de las mismas. Dicho aserto (...) resulta de mayor aplicación si cabe a aquellos casos en los que nos encontramos no ante la falta de invocación formal por parte del legislador estatal (o autonómico) del título competencial en el que se apoya para aprobar una determinada Ley, sino (...) ante una hipotética selección errónea de dicho título que, por otra parte, en modo alguno puede vincular a este Tribunal» (STC 233/1999, FJ 4 a).

20. LA «INTERPRETACIÓN CONFORME» DE LAS LEYES

«(...) siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal (...). Este criterio, que constituye ya doctrina consolidada, se manifiesta también (...) al señalar que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación» (STC 176/1999, FJ. 3).

21. EL «USO TORTICERO» DE LAS NORMAS

«(...) la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso» (STC 235/2000, FJ. 5).

22. LA REMISIÓN DE LA LEY ESTATAL A SUS NORMAS DE DESARROLLO

«La referencia que así hace la Ley (estatal) a sus "normas de desarrollo" no puede tacharse, en modo alguno, de inconstitucional, pues ni tal remisión tiene por objeto, de modo expreso, disposiciones estatales, ni en la misma se excluyen, por consiguiente, las que pudieran dictar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competen-

cias que le correspondan, según sus respectivos Estatutos» (STC 103/1989, FJ. 8).

23. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA CALIDAD TÉCNICA DE LAS LEYES

«(...) la mera existencia de incorrecciones técnicas o formales no sería motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que incurran en la misma, sino que constituyen materia ajena a la jurisdicción constitucional, pues no es misión de este Tribunal depurar el lenguaje legislativo» (STC 233/1999, FJ. 6).

... invocación expresa de las mismas. Dicho criterio (...) aplicación se debe a aquellos casos en los que nos encontramos no ante la falta de invocación formal por parte del legislador estatal (...)

LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID

... de dicho título que, por una parte, en ningún caso puede vincular a los tribunales (...). La mera existencia de una norma estatal que, por una parte, en ningún caso puede vincular a los tribunales (...).

... siendo traslucida una presunción de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio de inmediatez referidas veces aplicado por este Tribunal (...). Este criterio, que encuentra ya doctrina consolidada, se manifiesta también (...) al señalar que es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y descartar no sólo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulta indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación» (STC 178/1999, F.J. 3).

21. EL «USO TORTICERO» DE LAS NORMAS

... La mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser invocada en sí misma motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho desde la constitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso» (STC 233/2000, F.J. 3).

22. LA REMISIÓN DE LA LEY ESTATAL A SUS NORMAS DE DESARROLLO

... La referencia que así hace la Ley (estatal) a sus «normas de desarrollo» no puede entenderse, en modo alguno, de inconstitucional, pues ni tal remisión tiene por objeto, de modo expreso, disposiciones estatales, ni en la misma se excluyen, por consiguiente, las que pudieran dictar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias...

INOPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL REGLAMENTO DE ACTIVIDADES, MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 2/2007 DE 19 DE JUNIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

COMENTARIOS

El Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (en adelante, RAMINP), aprobado por Decreto 2434/1961 de 31 de diciembre otorga básicamente y a grandes rasgos, dos tipos de licencias y autorizaciones: la llamada por la doctrina licencias de apertura, es decir de instalación o establecimiento de la actividad, y una vez obtenida ésta, previa la comprobación correspondiente, se concede la segunda, también considerada por la doctrina a fin de otro sector idóneo como licencias de funcionamiento o de ejercicio de la actividad.

A ambos tipos de licencias se refiere el RAMINP en su Capítulo Primera del Título II, artículos 29 y siguientes.

Efectivamente, el artículo 29 dispone lo siguiente:

«Al solicitar la licencia municipal exigida por la legislación de Régimen Local si se trata de establecer una actividad que pueda estar comprendida en este reglamento, y en todo caso, que figura en el Nomenclátor adjunto, se presentará por triplicado la instancia dirigida al Alcalde en correspondencia y la siguiente documentación...

El artículo 30 y siguientes se refieren a la tramitación municipal de la misma, que no merece mayor comentario en lo que al presente caso respecta.

No obstante, el artículo 34 se refiere ya a los trámites que anteceden a la concesión de la segunda licencia al disponer que «obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se give la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente...».

INOPERATIVIDAD PRÁCTICA DEL REGLAMENTO DE ACTIVIDADES, MOLESTAS, INSALUBRES, NOCIVAS Y PELIGROSAS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 2/2002 DE 19 DE JUNIO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

M.^a DEL CARMEN LÓPEZ DE ZUAZO SÁNCHEZ

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE

El Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (en adelante, RAMINP), aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre otorga básicamente y a grandes rasgos, dos tipos de licencias o autorizaciones: la llamada por la doctrina **licencia de apertura**, es decir, de instalación o establecimiento de la actividad, y una vez obtenida ésta, previa la comprobación correspondiente, se concede la segunda, también considerada por la doctrina a los solos efectos didácticos como **licencia de funcionamiento o de ejercicio de la actividad**.

A estos dos tipos de licencia se refiere el RAMINP en su Capítulo Primero del Título II, artículo 29 y siguientes.

Efectivamente, el artículo 29 dispone lo siguiente:

Al solicitar la licencia municipal exigida por la legislación de Régimen Local si se trata de **establecer una actividad** que pueda estar comprendida en este reglamento, y, en todo caso, que figure en el Nomenclátor adjunto, se presentará por triplicado la instancia dirigida al Alcalde correspondiente y la siguiente documentación...

El artículo 30 y siguientes se refieren a la tramitación municipal de la misma, que no merecen mayor comentario en lo que al presente caso respecta.

No obstante, el artículo 34 se refiere ya a los trámites que anteceden a la concesión de la segunda licencia al disponer que «obtenida la licencia de instalación de una actividad calificada como molesta, insalubre, nociva o peligrosa, no podrá comenzar a ejercerse, sin que antes se gire la oportuna **visita de comprobación por el funcionario técnico competente**...».

Y, por último, el artículo 37 termina diciendo que el Alcalde, previos los informes correspondientes, otorgará o denegará la concesión de esta licencia de ejercicio de actividad.

Por lo tanto, y a la vista de los preceptos anteriormente transcritos del RAMINP, el esquema de concesión de autorizaciones o licencias para poder llevar a cabo las actividades o industrias calificadas en el mismo como molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, sería el siguiente:

- Primero: concesión de licencia municipal de establecimiento de actividad (de apertura).
- Segundo: giro de la oportuna visita de comprobación por el funcionario técnico competente, como requisito previo al otorgamiento de la licencia de funcionamiento.
- Tercero: concesión de licencia municipal de funcionamiento o ejercicio de la actividad.

En este sentido, en el terreno práctico, pongamos el caso de la licencia municipal para el ejercicio de cualquier actividad comprendida en la Reglamentación de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, en concreto, para la actividad específica de «desaguase y chatarrería», concedida a una empresa XXX S.A., el día 22 de febrero de 1999.

Se sitúa, según el esquema anterior, en la tercera fase de concesión de estas licencias y adquiere, en consecuencia, la denominación de licencia municipal de funcionamiento o ejercicio de la actividad, que sólo se otorga, como ha quedado expuesto, previa la obtención de la licencia de apertura y habiéndose efectuado la comprobación oportuna.

Una vez sentado lo anterior, tema aparte y diferente lo constituye el hecho de que determinadas actividades deban someterse a procedimientos de evaluación de impacto ambiental, de conformidad con lo establecido en la legislación de la Comunidad de Madrid aplicable en la materia, en el ejercicio de la competencia estatutariamente atribuida de dictar normas adicionales de protección.

Son, por tanto dos temas distintos, pero que la legislación comunitaria ha conectado, toda vez que regula esos procedimientos de evaluación ambiental de tal forma que supedita la concesión de esas licencias municipales del RAMINP a la existencia de la resolución que pone fin al procedimiento de que se trate.

Así lo exigía la actualmente derogada Ley 10/91 y lo exige también la Ley 2/2002 de 19 de junio de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, que la dejó sin vigor.

En particular, y volviendo al ejemplo anteriormente expuesto, la actividad que nos ocupa, desaguase y chatarrería, venía sometida por la Ley 10/91 al procedimiento de calificación ambiental.

A este procedimiento le resulta de aplicación, de conformidad con lo dispuesto en las normas de Derecho Transitorio de la nueva Ley 2/02, el régimen jurídico de esta Ley 10/91, si se encontraba en trámite a la entrada en vigor de la Ley 2/02 (es decir, el día siguiente al 24 de julio de 2002, según su Disposición Final Quinta).

En otro caso, se sujeta directamente a los procedimientos contemplados en la Ley 2/02 si figura en sus Anexos.

En el supuesto que nos ocupa, la determinación de la sujeción de esta actividad exigiría un estudio detallado del caso, toda vez que se circunscribe en el Anexo IV, apartado 62 de la Ley 2/2002.

A mayor abundamiento, el RAMINP ha dejado de ser operativo, tras la entrada en vigor de esta Ley 2/02.

Los preceptos de la Ley 2/02 que sirven de argumento jurídico a lo anteriormente expuesto son los siguientes:

• El artículo 36, relativo al procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, es del tenor literal siguiente:

1. La Declaración de Impacto Ambiental favorable constituye 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, siendo, asimismo, el contenido de dicha Declaración de Impacto Ambiental vinculante para tales autorizaciones o licencias.
2. Las licencias o autorizaciones otorgadas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior serán nulas de pleno derecho.

• El correlativo artículo 47, referido esta vez al procedimiento de Evaluación Ambiental se manifiesta en el mismo sentido cuando en su apartado 4.º dispone lo siguiente:

- «4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley, el Informe de Evaluación Ambiental de Actividades favorable será un requisito previo e indispensable para la concesión de cualquier licencia municipal relacionada con el proyecto o actividad en cuestión, siendo, asimismo, el contenido de dicho Informe vinculante para tales licencias.
5. Las licencias municipales otorgadas contraviniendo lo dispuesto en el apartado anterior serán nulas de pleno derecho.»

• El ANEXO IV, referido a Proyectos y Actividades a estudiar caso por caso por el órgano ambiental de la Comunidad de Madrid, incluye los siguientes:

- Gestión de residuos.
 - 60. Instalaciones destinadas a la valorización o eliminación de residuos no incluidas en otros epígrafes.
 - 61. Instalaciones para el almacenamiento, clasificación, trituración, compactación y operaciones similares con residuos peligrosos y no peligrosos.
 - 62. Almacenamiento de chatarra, incluidos vehículos desechados.
- Y por si el apartado anterior no fuera suficientemente meritorio, el ANEXO V, apartado 26, no perdona:

ANEXO V.

ACTIVIDADES O PROYECTOS CON INCIDENCIA AMBIENTAL, SOMETIDOS AL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL DE ACTIVIDADES EN LA COMUNIDAD DE MADRID

26. Todas aquellas actividades establecidas en el *Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre*, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, cuando no estén recogidas en otros anexos de esta Ley.

• En cuanto a las normas de Derecho Transitorio de la Ley 2/02, la **DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA**, bajo la rúbrica «Régimen transitorio de los procedimientos de Evaluación Ambiental», establece:

1. Los procedimientos que, a la entrada en vigor de esta Ley, se encuentren en tramitación continuarán rigiéndose por la normativa vigente en el momento en que se iniciaron.

• La **DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA** de la mencionada Ley, bajo la rúbrica «Inaplicación del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas», añade:

A la entrada en vigor de esta Ley, quedará sin aplicación directa en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, el *Decreto*

2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

- Por otra parte, el ANEXO III, en su apartado 49 de la ya derogada Ley 10/91, sometía la actividad de almacenamiento de chatarra y desaguase de vehículos al procedimiento de calificación ambiental y su artículo 10.2 era tajante al disponer que «la Calificación Ambiental determinará la conveniencia o no de otorgar las licencias de apertura de actividades industriales y mercantiles, tanto públicas como privadas».

En consecuencia, y siguiendo el hilo conductor del caso práctico enunciado, este desfase entre la vieja legislación y la nueva sienta un precedente, extrapolable a cualquier otro supuesto en el que concurren idénticas o similares circunstancias, caracterizado por lo siguiente:

— Una licencia municipal concedida el día 22 de febrero de 1999 a la empresa XXX S.A., es una licencia de funcionamiento o ejercicio de la actividad contemplada en el RAMINP, que no exime en absoluto a dicha empresa de la obligación de someterse a los procedimientos de evaluación ambiental previstos en la legislación de la Comunidad de Madrid.

— Se da la circunstancia de que esta actividad estaba sujeta al procedimiento de Calificación Ambiental contemplado en la hoy derogada Ley 10/91.

— Si se inició dicho procedimiento conforme a la Ley 10/91 y todavía continuaba su tramitación a la entrada en vigor de la Ley 2/02, a pesar de la derogación expresa que hace la segunda de la primera, continúa rigiéndose el expediente por la Ley 10/91, por aplicación directa de las normas de Derecho Transitorio de la nueva Ley 2/2002. En este sentido, la resolución que pone fin al mismo ha de efectuarse con carácter previo al otorgamiento de la licencia, que si se concede antes o durante la tramitación del procedimiento y no al final, una vez recaída la resolución mencionada, deviene nula de pleno derecho.

— Si no se llegó a iniciar procedimiento alguno durante la vigencia de la Ley 10/91, a la entrada en vigor de la Ley 2/02, esta actividad se sujeta a los procedimientos en ella establecidos y la licencia municipal del 99 carece total y absolutamente de eficacia, por los mismos motivos que los expresados en la afirmación anterior, toda vez que la nueva legislación, como no podía ser menos, toma el relevo de la anterior.

La necesidad de exponer el supuesto práctico tiene su fundamento en el hecho de que, de esta forma y examinando caso por caso al

producirse, se concluye que, actualmente y tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid, se produce lo que en Derecho se podría denominar una derogación tácita de una vieja legislación —el RAMINP— por otra nueva posterior —la Ley 2/02—, al dejar esta última, prácticamente sin efecto, las licencias municipales concedidas.

El artículo 2.º de la Ley 2/02 establece que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se deroga el RAMINP y, en consecuencia, se anula de pleno derecho todo acto administrativo dictado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que se fundamente en el RAMINP.

En consecuencia, y a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se anula de pleno derecho todo acto administrativo dictado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que se fundamente en el RAMINP.

Una licencia municipal concedida el día 11 de febrero de 1999 a la empresa XXX S.A., en una licencia de funcionamiento o ejercicio de la actividad contemplada en el RAMINP, que no está en absoluto sujeta a la Ley 2/02, es válida y produce sus efectos.

SOMETIDOS AL PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

El artículo 2.º de la Ley 2/02 establece que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se deroga el RAMINP y, en consecuencia, se anula de pleno derecho todo acto administrativo dictado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que se fundamente en el RAMINP.

En consecuencia, y a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se anula de pleno derecho todo acto administrativo dictado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que se fundamente en el RAMINP.

Una licencia municipal concedida el día 11 de febrero de 1999 a la empresa XXX S.A., en una licencia de funcionamiento o ejercicio de la actividad contemplada en el RAMINP, que no está en absoluto sujeta a la Ley 2/02, es válida y produce sus efectos.

En consecuencia, y a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se anula de pleno derecho todo acto administrativo dictado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que se fundamente en el RAMINP.

Una licencia municipal concedida el día 11 de febrero de 1999 a la empresa XXX S.A., en una licencia de funcionamiento o ejercicio de la actividad contemplada en el RAMINP, que no está en absoluto sujeta a la Ley 2/02, es válida y produce sus efectos.

DERECHO DEL TRABAJO MÍNIMO

«El trabajo no puede ser una ley sin ser un derecho»

Victor Hugo

POR

MÁRIO ANTÔNIO LOBATO DE PAIVA

ABOGADO ASOCIADO DE PAIVA & BORGES ABOGADOS.
PROFESOR DE DERECHO DEL TRABAJO EN LA UNIVERSIDAD DEL PARÁ-BRAZIL(*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REALIDAD ACTUAL. III. FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGULACIÓN. IV. PAPEL DEL ESTADO. V. DERECHO DEL TRABAJO DE LA CLASE DOMINANTE. VI. DERECHO DEL TRABAJO MÍNIMO. VII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho laboral, posee, al principio como sustentáculo, el amparo a los trabajadores y la consecución de una igualdad sustancial y práctica para los sujetos envueltos. Se trata de una ramificación del Derecho esencialmente relacionado a las convenciones colectivas de trabajo marcadamente adherentes a la realidad, de lo que resulta también un especial dinamismo. El Derecho del Trabajo está intensamente expuesto a la inestabilidad y a las flotaciones de la política. Nacido en una época de prosperidad económica, caracterizada por cierta estabilidad de las relaciones jurídicas, se concibió la intervención del Estado como un medio de elaborar una legislación detallada de las condiciones de trabajo, con vistas a forzar a los actores sociales a buscar la solución de sus conflictos. El resultado de esa intervención es la característica básica de la reglamentación de las

(*) Mário Antônio Lobato de Paiva abogado asociado de Paiva & Borges Abogados; Profesor de Derecho del Trabajo en Universidad del Pará-Brazil; miembro de la Asociación Mundial de Jóvenes Juristas; miembro del Instituto Brasileiro de Derecho Constitucional; investigador asociado del Instituto de Relações Internacionais de la Universidad del Santa Catarina; miembro de la Red Mexicana de Investigadores del Mercado Laboral; colaborador de la Revista Eletrônica de derecho informático de Perú, de la Revista Gaceta Laboral (Venezuela); autor y co-autor de ocho libros jurídicos y más de doscientos artículos; conferencista.

relaciones de trabajo; la heterorregulación, que provoca la rigidez de la legislación.

Sin embargo, las persistentes crisis contemporáneas han sido un impacto particularmente destructivo sobre el empleo (provocando el desempleo en masa), poniendo en causa el modelo tradicional del Derecho del Trabajo, tal como fue siendo construido en su época áurea, en particular en los años sesenta. Ese modelo de Derecho de Trabajo, asegurando un incremento de tutela de los trabajadores, ha sido acusado de constituir factor de rigidez del mercado de empleo y de la alta de costo de trabajo y, en esa medida, de contribuir para la disminución de los niveles de empleo y consecuentemente estímulo al desempleo.

II. LA REALIDAD ACTUAL

La realidad actual no es la misma de los años sesenta. Brasil, no siendo la excepción ante la organización mundial, sufrió verdaderas alteraciones en el mercado de trabajo posguerra y en el nivel de desempleo y desestabilización de la economía, favoreciendo el surgimiento del llamado «mercado informal» de trabajo que, en regla, es constituido por la fuerza de trabajo dicho excedente, en función de la pequeña oferta de empleos.

Datos estadísticos indican un índice altísimo de la población económicamente activa, que integra este sector productivo. Tiene que llevarse en consideración la crisis económica de los años ochenta, provocada por el choque de los precios de petróleo que alcanzó una gama de países en Europa, y, así como en América Latina, provocó el surgimiento de nuevas formas de contratación generadoras de relaciones de trabajo atípicas. Así, el contrato por tiempo determinado dejó de ser excepción, admitiéndose varios contratos intermitentes, de temporadas, contratos de formación, contratos de etapa y anticipó jubilaciones.

Es en virtud de esa realidad actuante del desempleo, en contraposición a la rigidez de la legislación, que se sembró en Europa un movimiento de ideas alrededor de los institutos de la flexibilización y desreglamentación, que a diario recauda nuevos pensadores, especialistas y principalmente los operadores del Derecho del Trabajo.

III. FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGLAMENTACIÓN

Las estadísticas oficiales esconden una brutal rebaja de empleos de calidad en la industria y en los bancos —compensados parcial-

mente— por la «generación» de empleos precarios en el comercio y en los servicios. Sin embargo, de acuerdo con criterios más adecuados a la realidad brasileña (PED), en julio de 1994, fecha de la implantación del Real, la tasa de desempleo era de 14,5% (según datos del Seade/Dieese), correspondiendo a 1,15 millón de desempleados solamente en la grande São Paulo. Pasados casi tres años (maio/97), la tasa de desempleo es de 16% (Seade/Dieese), correspondiendo a 1,387 millón de desempleados en esta región. Si proyectamos esa tasa de desempleo (abierto y oculto) para todo el país, los desempleados sumarían más de 11,5 millones, lanzados a la más cruel exclusión social.

Delante de esta lamentable situación pensamos que el Derecho del Trabajo brasileño debe adaptarse a los nuevos tiempos, pues, perdura hace más de cincuenta y cinco años, marcado por el fuerte intervencionismo estadual, reflejando el autoritarismo de la época en que fue generado, pomposo, complejo a veces oscuro, preponderantemente constituido de normas de orden público, habiendo contribuido para el inmovilismo empresarial y estímulo a la especulación financiera, inclusive con la aplicación de capital extranjero. Este cuadro se vuelve obsoleto en la medida que, actualmente, nuevas condiciones de vida, nuevos son los desafíos presentados, nuevos problemas a enfrentar, por eso es imposible pretender que continúe el Derecho del Trabajo a desempeñar el mismo papel, por más eficiente que antaño se haya presentado, ya que, continuar con la misma armadura protectora estadual sería condenarlo a la ineficacia.

La legislación del trabajo tiene que estar más abierta a la economía y a las necesidades de adaptación conjuntiva, se asiste al fin del siempre más, es decir, de la creencia del progreso social ilimitado y sin retroceso, por el incremento de regalías para los trabajadores. En verdad la conjuntiva ha forzado a los trabajadores a soportar condiciones de trabajo menos favorables y —aquí y allí— ver retiradas conquistas que se pensaba estar sólidamente implantadas. Se habla al mismo tiempo, de «desreglamentación», o sea, de la progresiva supresión de reglas imperativas como el correspondiente aumento de la libertad de estipulación. Se verifica un significativo retroceso de la fuerza imperativa de las leyes de trabajo, admitiéndose que las convenciones colectivas se adapten con vista a sectores o empresas en crisis. En total, la legislación del trabajo deberá estar más abierta a la economía y a las necesidades de adaptación conjuntiva. En el fondo, es la lógica de los ciclos económicos a repercutir sus efectos en el funcionamiento de los sistemas de protección de los trabajadores.

IV. PAPEL DEL ESTADO

En la importante cuestión que envuelve la definición del papel del Estado en las relaciones trabajistas de la sociedad contemporánea, parece fundamental admitir que la reducción del tamaño del Estado no puede volverlo capaz de mediar los conflictos, bajo pena de dejar a la gran mayoría de los trabajadores sin cualquier defensa, completamente dominada por los grandes grupos económicos y financieros, que tienen en el lucro el único objetivo de sus acciones.

Esos fenómenos (desreglamentación y flexibilización), corresponden apenas a un nuevo espíritu del Estado menos centralizado, más abiertos a los grupos naturales y más preocupado con la eficacia y bienestar de la comunidad como un todo y no apenas de una parcela de privilegiados.

Tenemos así, la firme convicción de que la flexibilización y la desreglamentación se presentan como mecanismos útiles de desenvolvimientos de las relaciones laborales y que necesitan ser bien utilizados y comprendidos por todos los actores sociales. Estos referidos mecanismos deberán así, tener de prioridad política, asociada la opción por ejecutar un conjunto de políticas y acciones capaces de unir la estabilidad con crecimiento e inclusión social.

V. DERECHO DE TRABAJO DE LA CLASE DOMINANTE

Utilizando dos enseñamientos del Desembargador José Liberato da Costa Póvoa podemos decir que la ley no fue hecha para beneficiar al pueblo o al trabajador y guardar un equilibrio social, pues no obstante sea ella aprobada por representante del pueblo, es en la verdad, criada por una elite, que poco le importa cómo anda el pueblo; aún así, las leyes son fruto de la voluntad de los detentores del poder, creadas en función de sus propios intereses. Desde Salomón, pasando por Dracón y otros, el fardo de la ley siempre fue más pesado para los pobres y para los esclavos. Marx ya decía que *«El derecho es la voluntad, hecha ley, de la clase dominante, a través de sus propios postulados ideológicos»*. Allá en la antigüedad, Trasímaco decía que *«la justicia, base del Estado y de las acciones del ciudadano, consiste simplemente en el interés del más fuerte»*.

Siempre fue así y continúa(rá) siendo, cualquiera que sea el régimen, hasta aquellos en que los operarios llegaron al poder, pues, una vez colocados cómodamente en el tope de la pirámide, tratan luego de crear leyes, no para la defensa de los ideales que los llevaron al mundo, más apenas para mantenerse y, si posible, perpetuarse en el

poder. Citando Hobbes, *«no es la sabiduría que hace la ley, sino la autoridad»*, y si por acaso son los sabios que la elaboran, es verdad que están al servicio de los que dominan.

Es en parte así también con el Derecho del Trabajo, como pudimos constatar en la lectura del libro *«Convención colectiva entre las fuentes de Derecho del Trabajo»* del jurista lusitano José Barros Moura, donde demuestra que este derecho es útil a la burguesía que, obviamente, nunca deseó un derecho de protección de los trabajadores. Su estrategia es de hacer concesiones políticas con vistas a reducir las tensiones sociales retirando fuerza a la lucha de clases. Las cosas son mucho más complejas pues este derecho favorece la concentración capitalista actuando sobre las condiciones de la concurrencia con lo que benefician sectores más fuertes y aptos de la clase dominante en detrimento de otros sectores.

Así para aquellos que les parece que el Derecho de Trabajo fue creado única y exclusivamente para los trabajadores resta la pregunta: ¿Será que este mismo derecho no sirvió para un control mayor, opresión y aumento de las desigualdades económico-sociales?

Creemos que el pleno implemento de los institutos de flexibilización, desreglamentación y por fin el derecho del trabajo mínimo reencenderán debates y modificaciones más profundas en los pilares de la estructura social y que seguramente ayudarán a disminuir el abismo en que se encuentra la burguesía y el proletariado en gran parte debido al propio derecho de trabajo que debería proteger al trabajador.

VI. DERECHO DEL TRABAJO MÍNIMO

Ningún ordenamiento jurídico consigue acompañar los avances sociales, una vez que la ley, por su naturaleza, es rígida en el tiempo. Cualquier propuesta de mejoría en el Derecho del Trabajo, mientras más fomentación de endurecimiento y multiplicación de las leyes y su ejecución, no pasará de exploración del desespero inconsciente de la sociedad y forma de ocultar los verdaderos problemas a ser enfrentados.

Pesquisas revelan que el Derecho del Trabajo solamente interviene en un reducidísimo número de casos, siendo imposible determinarse estadísticamente el número de trabajadores que dejan de ingresar en el sistema por diversos motivos. Se arguye que si se tuviera en cuenta el número de trabajadores que laboran al margen de los derechos asegurados en la legislación trabajista, o sea la suma de los llamados informales que pasan a lo largo del conocimiento o de la actuación de

la justicia laboral —sea por desconocida, sea porque no identificados los trabajadores, sea porque alcanzados por la prescripción, sea porque objeto de composición extrajudicial, sea porque no probados, etc.—, se verifica que el trabajo registrado de cartera firmada es en lo mínimo insatisfactorio.

¿Cómo creer normal un sistema que sólo interviene en la vida social de manera tan insatisfactoria estadísticamente? Todos los principios o valores sobre los cuales tal sistema se apoya (la igualdad de los ciudadanos, el derecho a justicia, principio protector, etc.) son radicalmente deturpados, en la medida en que sólo se aplican a aquel pequeño número de casos que son los trabajadores de cartera firmada o los que vengan a reclamar frente a la justicia de Trabajo con éxito. El enfoque tradicional se muestra, de alguna forma al revés.

El Derecho del Trabajo, por lo tanto, debería tener un papel secundario en el control de los conflictos sociales. Frente a eso, el Derecho del Trabajo que se vislumbra en el horizonte, es el de la intervención mínima, donde el Estado debe reducir lo máximo posible su acción en la solución de los conflictos. En este contexto, se propone, en suma, la flexibilización, desreglamentación y la destitucionalización de los conflictos trabajistas, restándole al Estado aquello que sea efectivamente importante a nivel de control.

Frente a esta realidad, el ideal de esta nueva tendencia es buscar la minimización de la utilización del Derecho del Trabajo impuesto por el Estado, a través de cuatro proposiciones básicas: a) impedir nuevas reglamentaciones en el área trabajista —significa evitar creación de nuevos derechos, por el Estado, principalmente para regular conflictos de alcance social no tan acentuada, donde pueda haber solución del conflicto en otra esfera; b) promover la desreglamentación— en la misma esfera del tópico anterior, pretendiendo reducir la cantidad de derechos, aboliendo de la legislación trabajista derechos donde las partes envueltas puedan resolver por sí, sin que eso ofenda el real interés de la colectividad; c) flexibilización —cuyo fundamento cifre según Arturo Hoyos por el uso de los instrumentos jurídicos que permitan el ajustamiento de la producción, empleo y condiciones de trabajo a la celeridad y permanencia de las flotaciones económicas, a las inovaciones tecnológicas y otros elementos que requieren rápida adecuación; d) desinstitucionalización— desvincular del ámbito del Derecho del Trabajo y, hasta de la esfera estadual, la solución de pequeños conflictos, cuando alcance solamente la esfera de los envueltos a los cuales serían reservadas otras formas de satisfacción de sus intereses.

CUESTIONES SOBRE VII. CONCLUSIÓN Y REVOCACIÓN DE LICENCIAS DE ARMAS DE CAZA

Este final de siglo presenta serios desafíos para la humanidad. Las cuestiones más que nunca se presentan en nivel global, y la solución de los graves problemas que amenazan la estabilidad del planeta necesitan la construcción de un nuevo modelo de Estado, de sociedad y de economía.

En esta fase de la historia se vuelve fundamental que el tema «Derecho del Trabajo mínimo» sea ampliamente discutido, a fin de que los valores ya conquistados por nuestra civilización no comiencen a ser relegados por la rigidez de ideas que muchas veces ampliarán el estado crítico en que se encuentran las instituciones.

El actual Derecho del Trabajo surge por la idea y por los mecanismos de ajuste social. Fenómeno de nuestros días, potenciado por la evolución de las crisis económicas, la progresiva intervención tripartita de los compañeros sociales (sindicatos, asociaciones patronales y Gobierno) para consensualmente definir y ejecutar la política económica y social. Este fenómeno corresponde a un nuevo espíritu del Estado, menos centralizado, más abierto a los grupos naturales y más preocupado con la eficacia de sus actos. Es a este propósito que se refieren constantemente las ideas de flexibilización, desreglamentación, Derecho del Trabajo mínimo, de ajuste y de busca de consensos, que expresan un método de administrar y legislar en que el Estado se preocupa.

El Derecho del Trabajo enfrenta en este momento histórico, desafíos importantes. El nuevo Derecho del Trabajo para sobrevivir como medio desregularizador de las relaciones laborales deberá beneficiarse, cada vez más, de protagonismo de los grupos organizados y que buscan consensos trilaterales (Estado, organizaciones de patronos y organizaciones de trabajadores), que se expresen en convenciones o pactos sociales.

El sindicalismo ha perdido la fuerza y militancia, pero gana poder de intervención en las decisiones políticas, económicas y sociales.

Vale resaltar por fin que es fundamental, más que todo, la conciencización para una nueva postura frente a los hechos relacionados a las relaciones laborales, con la pujanza de un ideal perenne de justicia social, pues no se combaten las heridas sociales referentes a los conflictos laborales sin antes erradicar sus raíces, hace mucho tiempo encostradas en los desmandos políticos de los gobernantes y en la mentalidad obsoleta de la minoría privilegiada que se recusa a suplir las necesidades elementales de la persona humana y a distribuir los méritos del desenvolvimiento económico.

CUESTIONES SOBRE DENEGACIÓN Y REVOCACIÓN DE LICENCIAS DE ARMAS DE CAZA. JURISPRUDENCIA APLICABLE

POR

JAVIER PALACIOS BLANCO

JURÍDICO MILITAR

En la concesión de las licencias de armas de caza, ya sean la tipo «D» o la tipo «E» del Reglamento de Armas (Real Decreto 137/1993, de 29 de enero) se exige ser aficionado al deporte cinegético de la caza mayor o menor, respectivamente, y se requiere que el solicitante adjunte a su solicitud los documentos requeridos por el artículo 97.1 del vigente Reglamento de Armas, consistentes en:

- Certificado de antecedentes penales en vigor.
- Fotocopia compulsada del documento nacional de identidad en vigor.
- Informe de aptitudes psicofísicas.

Realizada la información que previene el artículo 97.2 del Reglamento de Armas, sobre conducta y antecedentes del interesado, puede resultar que el informe del Interventor de Armas sea favorable o desfavorable a la concesión de la licencia. Dicho informe, aun no siendo vinculante para las autoridades competentes para la concesión y revocación de estas licencias suele ser determinante de la resolución que se adopta.

En los casos en que existen antecedentes desfavorables, ya sean penales o policiales, en virtud de lo dispuesto en los artículos 84 y 112 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), se le concede al solicitante trámite de audiencia, para que aporte, en el plazo de quince días, cuantas alegaciones, documentos y justificaciones estime oportunas sobre dichos antecedentes de conducta, ya que podrían determinar una propuesta de resolución denegatoria de la licencia solicitada.

La resolución concediendo o denegando la licencia, o en su caso revocando las licencias en vigor, al tener noticia de conductas anómalas y tras el correspondiente expediente de revocación, es dictada

por la Autoridad competente. El artículo 101.3 del Reglamento de Armas otorga la competencia para conceder y revocar la licencia de armas tipo «E» al Delegado del Gobierno y la licencia de armas tipo «D» a la Dirección General de la Guardia Civil, si bien, en base a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LRJPAC, dicha competencia, para las licencias tipo «E», fue delegada en los Jefes de Comandancia de la Guardia Civil mediante Resolución de 10 de enero de 1997 (BOCAM núm. 16, de 20 de enero). Y en las tipo «D», dicha competencia fue delegada en los Jefes de Zona de la Guardia Civil, mediante Orden de 21 de noviembre de 2002, publicada en el BOE n.º 285 de 28 de noviembre de 2002.

Las resoluciones denegatorias o revocatorias, en su caso, suelen fundarse en el incumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente, en virtud de lo dispuesto en los artículos. 98.1 y 97.1 y 2 del vigente Reglamento de Armas, en relación con el artículo 7.1.b) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana.

Lo que hay que determinar es si los antecedentes desfavorables, ya sean penales o policiales suponen que se pueda denegar la licencia o revocar una licencia en vigor. Para ello debe valorarse si los antecedentes de conducta podrían ser considerados determinantes de una conducta peligrosa, pudiendo su posesión y uso de armas representar un riesgo propio o ajeno (art. 98 Reglamento de Armas). Una correcta interpretación de la causa de denegación de licencia de armas prevista en el artículo 98.1, en relación con el artículo 97.2, ambos del Reglamento de Armas, conduce a sostener que es necesario que el solicitante de un permiso de armas no sólo carezca de antecedentes penales reconocidos, y que reúna las condiciones físicas y psíquicas necesarias para el uso de armas, de acuerdo con el dictamen emitido por un equipo médico autorizado, además, se requiere un «plus» de exigencia valorativa: que la conducta o comportamiento del solicitante de la licencia de armas haya sido adecuada a las exigencias del Orden Público y la Seguridad Ciudadana (arg. ex. art. 97.2 del Reglamento de Armas). Y al tratarse de licencias de armas de caza se entiende también que debe exigirse más aún, que haya respetado la legislación sobre caza.

Por todo ello al tener antecedentes penales es lógico que, en principio, deba denegarse la licencia o renovación. Así se expresa la Sentencia número 574, de 21 de octubre de 1996, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Por su parte, la Sala del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su Sentencia de 12 de enero de 1999, señala que *«el artículo 1 del*

Real Decreto 137/1993, de 29 de enero (Reglamento de Armas) regula la tenencia y uso de armas con objeto de garantizar la seguridad pública, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, pudiendo en consecuencia la Administración denegar o pender la licencia solicitada o ya otorgada si en la conducta del usuario cabe apreciar circunstancias de peligrosidad, en detrimento de la seguridad antes aludida que la normativa vigente pretende tutelar, conducta que ha de acreditarse con los datos objetivos que obran en el expediente y en los cuales se fundamenta la medida impuesta al recurrente, consistente en la retirada de la licencia de armas, sobre la base, precisamente, de la apreciación de tales circunstancias de peligrosidad».

No debe olvidarse que, como dice la Sentencia de 20 de abril de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, deben quedar *«bien diferenciadas las situaciones donde las licencias y permisos son esenciales para el desenvolvimiento de la vida cotidiana (vgr. Permisos de conducir) donde la discrecionalidad de la Administración debe ser muy limitada y perfectamente reglada, de aquellas otras licencias o permisos que no son esenciales para el desenvolvimiento de nuestra vida cotidiana (permisos y licencias de armas), en estos casos, se debe reconocer a la Administración un margen amplio de discrecionalidad que precisamente el legislador quiere que oriente en sentido restrictivo».*

Este sentido restrictivo se ve claramente en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, (en su art. 7.1.b), referido a las licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego, y es el mismo criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de enero de 1997 y 19, 20 y 27 de enero de 1996, 6 de febrero de 1996 y 4 de noviembre de 1996, entre otras muchas), si bien la Ley indica claramente que la expedición de licencias de armas tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal. Este criterio restrictivo está basado además en la peligrosidad intrínseca que tiene el manejo, tenencia y uso de armas. No parece arbitrario que no se conceda licencia de armas a una persona que posee antecedentes penales, cuando es un requisito que el propio reglamento de armas, tácitamente, exige.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia núm. 5032/1996, de 24 de septiembre de 1998, FD 2.º, yendo mucho más allá, dijo:

«Una reiterada doctrina jurisprudencial tiene establecido que la denegación o revocación de un permiso o licen-

cia de armas no es manifestación del derecho punitivo del Estado, sino un acto de control administrativo sobre la existencia o subsistencia de las circunstancias, aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de aquéllos. Esas aptitudes o condiciones pueden deducirse de los antecedentes del solicitante de la licencia o de su renovación, pero dicho término no cabe entenderlo, como se hace en la demanda, en el sentido de antecedentes penales, sino de antecedentes de conducta que muestren la falta de idoneidad para hallarse en posesión de una arma ante la previsión de que se haga un posible uso inadecuado de ella. No importa, por lo tanto, que los antecedentes penales pudiesen estar cancelados, o lo estuviesen de hecho, supuesto este último que contempla la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 octubre 1997 (RJ 1997/7650), que estima acertado el criterio de la sentencia de instancia acerca de que "no se trata de deducir consecuencias jurídicas negativas de unos antecedentes penales cancelados, sino de valorar una conducta social que no parece muy acorde con el uso de las armas". Otras resoluciones jurisprudenciales (sentencia del Tribunal Supremo de 14 octubre 1997 (RJ 1997/8875) estiman que no es necesario siquiera que se haya dictado sentencia condenatoria respecto de unos hechos en los que aparece involucrado el solicitante si de ellos se desprende su falta de idoneidad para el adecuado uso de las armas».

Hay varios tipos de antecedentes desfavorables a la concesión de las licencias para armas de caza o que pueden motivar la revocación de las mismas. Estos supuestos, que por su frecuencia nos interesa destacar, son los siguientes:

- a) Supuestos relacionados con caza furtiva u otras infracciones a la normativa de caza o de armas.
 - b) Supuestos relacionados con peligrosidad del individuo, ya sea para su persona o para terceros.
 - c) Supuestos relacionados con infracciones administrativas o penales por conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas.
- a) El supuesto que, simplificando, podríamos denominar del cazador furtivo da lugar a numerosas denegaciones de licencias y a revocaciones de licencias cuyos titulares incurren en estas conductas. No parece arbitrario que no se conceda licencia de armas de caza a

una persona que posee antecedentes de este tipo, que hayan dado lugar a sanciones penales o incluso administrativas por infracciones a la Ley de Caza, y que incluso en algunos casos dan lugar a inhabilitación para obtener licencia de caza, cuando es un requisito que el propio reglamento de armas exige, la dedicación real del interesado al ejercicio de la caza o de los deportes correspondientes, que podrá ser acreditado mediante la exhibición de las correspondientes licencias de caza y tarjetas federativas en vigor (art. 97.2 del Reglamento de Armas).

b) Los supuestos relacionados con peligrosidad del individuo, ya sea para su persona o para terceros, son de lo más variado. Ya sea por antecedentes penales o policiales, relacionados con allanamiento de morada, robo, hurto de vehículos a motor, u otros delitos contra el patrimonio en que se emplee violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas. También en caso de coacciones, amenazas, lesiones, homicidios u otros delitos contra las personas, contra su libertad o contra su libertad sexual, siendo en la actualidad especialmente frecuentes, las lesiones, amenazas y malos tratos en el ámbito familiar. Todos estos delitos o faltas que indican una conducta violenta aconsejan la denegación, o en su caso la revocación de las licencias de armas, pues aunque se trate de armas de caza a nadie se le escapa que pueden ser utilizadas indebidamente para ejercer esa violencia, convirtiéndose las armas de caza en objetos de gran peligrosidad en manos de sujetos de los que consta su comportamiento violento o peligroso. Lo mismo puede decirse de personas que han manifestado conductas suicidas, aunque no constasen en los informes de aptitudes psicofísicas, por manifestarse posteriormente o por cualquier otra causa.

La revocación de la licencia de armas va dirigida a revocar con carácter definitivo una licencia de armas, si bien, cuando existe un procedimiento judicial simultáneo no se puede resolver aquél siendo necesario paralizarlo hasta que recaiga resolución judicial firme, siendo vinculante para la resolución administrativa los hechos declarados probados en vía judicial. Sin perjuicio de lo anterior, es plenamente ajustado a derecho adoptar medidas provisionales o cautelares en procedimientos de revocación de autorizaciones o licencias de tenencias de armas. Entre estas medidas, la Legislación permite adoptar la revocación cautelar de las licencias de armas, concretamente el artículo 97.5 del Reglamento de Armas, siempre que dicha medida se acuerde en el marco de un Procedimiento Administrativo —el procedimiento de revocación— que se ajustará a lo previsto en la LRJPAC. No es necesario en estos casos esperar a una Sentencia condenatoria firme, ya que el artículo 72.1 de la LRJPAC dispone que 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 existen elementos de juicio suficiente para ello, siempre y cuando, como añade dicho precepto legal en su punto 3, no cause perjuicios de difícil o imposible reparación al interesado o que implique violación de derechos amparados por las leyes. Según el artículo 98.1 del citado Reglamento de Armas «en ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas, represente un riesgo propio o ajeno» y dado el carácter restrictivo de las licencias de armas, según el artículo 7.1.b, de la Ley Orgánica 1/92, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana el instructor de un expediente de revocación puede proponer la revocación de la licencia, con carácter cautelar, en base a lo dispuesto en el artículo 36 de la referida Ley Orgánica sobre retirada preventiva de autorizaciones, permisos, licencias y otros documentos expedidos por las autoridades administrativas.

c) También se ha planteado en relación a antecedentes relacionados con la conducción de vehículos a motor bajo los efectos de bebidas alcohólicas, si pueden determinar la denegación o revocación de las licencias de armas de caza. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, en su Sentencia núm. 1.293, de 7 de octubre de 2002, FD 3.º, dijo:

«Este pronunciamiento judicial no hace sino confirmar aquella inicial valoración de conductas que hizo la Administración, y esto nos lleva a estimar adecuado el acuerdo denegatorio que aquí se discute porque tan peligroso puede ser conducir un vehículo bajo los efectos del alcohol como portar o utilizar un arma en iguales condiciones y quien es capaz de hacer aquello, no merece confianza para portar armas de fuego».

Pero también es cierto que Sentencias más recientes hacen una ponderación más ajustada, distinguiendo algunos casos en que el rigor en la concesión debe ceder a otras consideraciones, y que si hemos de valorar conductas concretas y personalísimas, no caben pronunciamientos tan genéricos. También se hace referencia a que no cabe un automatismo en la denegación, así en la Sentencia n.º 533, de fecha 6 de mayo de 2002, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera),

en la que también se distingue un mayor criterio restrictivo en el caso de armas de defensa personal, frente a las licencias de armas de caza, cuando dice, en su Fundamento de Derecho Cuarto:

«Hemos de tener en cuenta que así como respecto de las armas de defensa personal no existe un derecho subjetivo a su posesión y la tenencia se rige por criterios de gran rigor restrictivo (art. 99-2), tratándose de la caza pudiera hablarse de que se ha de reconocer un derecho al ejercicio del deporte y este ejercicio precisa del manejo de armas si bien con todas las prevenciones que sean necesarias, de manera que privar al ciudadano responsable de la facultad de practicar un deporte lícito y reglamentado por la vía de impedirle el acceso a los medios también lícitos de desarrollarlo, merece una motivación razonable que forzosamente ha de pasar por una valoración de los parámetros de conducta personal, y así estaría justificada la denegación si se tratase de un individuo carente de antecedentes penales pero notoriamente conocido en su entorno por trastornos de embriaguez, jactancia, pependencias, agresividad..., incluso no reflejados en el reconocimiento médico de aptitud».

En este sentido la Sentencia n.º 764, de fecha 28 de junio de 2002, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera), en su Fundamento de Derecho Tercero dijo:

«La habilitación para el uso de armas ha de contemplarse desde una óptica distinta según la clase de armas que se pretenda utilizar, armas que vienen determinadas por el uso que se suponga vaya a dárseles. Así, y tratándose de armas cortas y de defensa personal, el artículo 99-2 del reglamento dedica una especial regla e impone un criterio restrictivo que no se reproduce para las armas de caza. No puede decirse que exista un derecho subjetivo a ser titular de aquéllas, sino sólo a pedir la habilitación que se concederá o no previa valoración muy cuidadosa de la situación personal de riesgo concreto e individualizado. Tratándose por el contrario de armas de caza, se ha de partir del dato de que el deporte cinegético es perfectamente lícito por muy sujeto a reglamentación que se encuentre. Partiendo de este criterio de licitud objetiva, las trabas a su

regulador consiste en la determinación del importe de la aportación de cada uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio y alimentos, y que, generalmente, consisten en la aportación de unas cantidades dinerarias por parte del cónyuge que no posee la guarda y custodia de los hijos menores a éstos y al cónyuge que mantiene la guarda y custodia de los hijos menores². Hay que destacar que las pensiones por alimentos satisfechas por los progenitores a los hijos o al cónyuge en caso de nulidad, separación o divorcio son especies dentro del género de la obligación de alimentos que, de acuerdo con el artículo 143 del Código Civil, incluye también la obligación recíproca entre ascendientes y descendientes y de los hermanos en menor medida³. Además, el convenio regulador ha de contemplar la pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil)⁴ para el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento de su situación res-

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

² Artículo 142 del Código Civil.

Se entiende por alimentos todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.

³ Artículo 143 del Código Civil.

Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

- 1.º Los cónyuges.
- 2.º Los ascendientes y descendientes.

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

⁴ Artículo 97 del Código Civil.

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

- 1.º Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.º La edad y estado de salud.
- 3.º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.º La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.º La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8.º El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

pecto de la que poseía constante matrimonio. Por lo tanto, los supuestos de nulidad, separación o divorcio traen consigo una serie de pagos monetarios de un cónyuge al otro cónyuge que van a reproducirse a lo largo del tiempo, además del pago de alimentos a los hijos⁵.

La Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se ocupó de diseñar un régimen tributario para estas cantidades desde la perspectiva del pagador y de los receptores. En concreto, las cantidades que percibía el cónyuge, ya fuera a título de pensión por alimentos o a título de pensión compensatoria, tenían la condición de rentas del trabajo personal sujetas al IRPF (art. 25.q) Ley 18/1991) y no exentas. Las pensiones por alimentos percibidas por los hijos también merecían la calificación de rentas del trabajo personal sujetas al IRPF (art. 25.q) Ley 18/1991) aunque tenían la condición de exentas cuando se tratase de anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial (art. 9.k) Ley 18/1991). De forma coherente con lo anterior, el cónyuge pagador de la pensión compensatoria tenía derecho a reducir el importe de su base imponible con las cantidades satisfechas a título de pensión compensatoria a favor del cónyuge y también tenía derecho a reducir en su base imponible las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo, por decisión judicial (art. 71 Ley 18/1991). En consecuencia, el ámbito objetivo de las cantidades que dan lugar al nacimiento de un derecho a reducción en la base imponible del IRPF del pagador es relativamente amplio ya que incluye no sólo a las pensiones compensatorias a favor de los cónyuges satisfechas por decisión judicial sino también las pensiones por alimentos satisfechas por decisión judicial que no sean a favor de los hijos (pensiones por alimentos al cónyuge, a los padres o a los hermanos).

La aprobación de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no aportó grandes cambios respecto al sistema anterior. De esta forma, el artículo 16.2.f) de la Ley 40/1998 dispone que las pensiones compensatorias recibidas del cón-

⁵ Esta situación ha sido expuesta en numerosas Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: «En la materia que nos ocupa cabe distinguir perfectamente dos tipos de pensión; por un lado, la pensión compensatoria, que tiene por objeto paliar el desequilibrio económico que la separación o divorcio cause a un cónyuge en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio (art. 97 del Código Civil); por otro lado, la pensión alimenticia en favor de los hijos que engloba todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación del alimentista (art. 142). Junto a ellas, el artículo 90 del aludido Código dispone que el convenio regulador haga referencia a la contribución a las cargas del matrimonio, concepto que, a falta de especificación por el legislador, comprende aquellas necesidades no satisfechas a través de las otras dos pensiones y a las que vienen obligados a contribuir los contribuyentes (ver por todas, SSTSJ Madrid de 28 de febrero y 13 de junio de 2001 y 4 de diciembre de 2002).

yuge y las anualidades por alimentos constituyen rentas del trabajo no exentas. Las anualidades por alimentos percibidas por los hijos continúan beneficiándose de la exención de gravamen si son percibidas de los padres en virtud de decisión judicial (art. 7.k) Ley 40/1998). El artículo 48ter de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la redacción dada por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de Reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, mantiene la posibilidad de reducción de forma que «las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas en favor de los hijos del contribuyente, satisfechas ambas por decisión judicial, podrán ser objeto de reducción en la base imponible». Es decir, que el pagador de estas cantidades fijadas por decisión judicial podrá minorar la base imponible general con su importe y junto con el resto de reducciones previstas en los artículos 46 bis, 46 ter, 46 quáter, 46, 47 bis, 57 quinquies, 48 y 48 bis, para obtener la base liquidable regular, sin que esta última pueda resultar negativa como consecuencia de dichas disminuciones. En el caso de insuficiencia de base imponible general, las reducciones anteriores podrán aplicarse a minorar la base líquida. La otra novedad introducida en la Ley 40/1998 consiste en la posibilidad de que el pagador de la pensión por alimentos, cuando el importe de éstos sea inferior a la base liquidable general, aplique la escala del impuesto separadamente al importe de las anualidades por alimentos a los hijos y al resto de la base liquidable general.

Estas normas, en apariencia de sencilla comprensión, han provocado, sin embargo, numerosos conflictos jurídicos entre la Administración tributaria y los administrados que han dado lugar a la intervención de los Tribunales de justicia, en especial, de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los diversos Tribunales Superiores de Justicia. Por razón de antigüedad de la normativa aplicable, las Sentencias objeto de análisis se refieren a la Ley 18/1991.

Muchas de estos conflictos surgen de la calificación por parte del cónyuge pagador de las cantidades satisfechas como cantidades susceptibles de minoración en la base imponible no existiendo, en realidad, tal derecho o existiendo posibles dudas sobre su aplicabilidad. Esta calificación efectuada por el contribuyente se manifiesta con la inclusión de la minoración en la declaración-liquidación del IRPF y es la que da lugar a la reacción de los órganos de la Administración, en especial de los órganos de gestión que, tras realizar una comprobación abreviada, emiten una liquidación provisional de oficio (no siempre ejemplo de perfección en cuanto a su fundamentación jurídica

sustituida, en numerosas ocasiones con asteriscos que llevan a citas de artículos legales no reproducidos en el texto notificado al contribuyente). Estas liquidaciones provisionales de oficio se acompañan, en ocasiones, de la apertura de procedimientos administrativos sancionadores. Ante la negativa administrativa del ejercicio del derecho de la reducción de las cantidades satisfechas, se inicia un habitualmente largo proceso de revisión, en sentido amplio, que incluye, en ocasiones, el recurso de reposición, la reclamación económico-administrativa de carácter necesario y el posterior recurso contencioso-administrativo.

Quizás la existencia de una notable confusión sobre la materia pueda deberse a la utilización por la doctrina y por los prácticos del derecho de las expresiones «pensión por alimentos» y «pensión compensatoria» mientras que el legislador, para referirse a las cantidades satisfechas para financiar los alimentos en su globalidad, emplea la expresión «contribución a las cargas del matrimonio y alimentos». Como síntesis de la problemática generada basta reproducir el FJ^o III de la STSJ Galicia de 12 de febrero de 2003 (JUR 2003, 192969): «la resolución de la cuestión planteada en este proceso, pasa por tanto, habitualmente, por la determinación de la naturaleza de los pagos realizados, para los cual es ineludible el examen de la resolución judicial en la que se establecen los mismos. Sin embargo, uno de los problemas que presentan en ocasiones tales resoluciones judiciales es el de la imprecisión en la determinación exacta de la naturaleza de las obligaciones que establecen (alimentos para el cónyuge o excónyuge, o para los hijos, o levantamiento de las cargas del matrimonio, si lo hay todavía, o pensión compensatoria), así como, también, la frecuente ausencia de distribución alícuota de las cantidades entre el cónyuge o excónyuge y los hijos. Esta situación, a su vez, provoca distintas actitudes de los sujetos pasivos, desde quien se deduce el total de lo pagado, aunque vaya referido tanto a cónyuge como a hijos, hasta quien lo hace sólo en un porcentaje o nada. La Administración, por su parte, también mantiene en ocasiones una posición irrazonable, según la cual, ante la falta de asignación de cuotas, debe negarse toda posibilidad de deducción, o negando que en los casos de divorcio sea posible establecer una obligación de alimentos dada la ruptura del vínculo».

En el presente trabajo se estudia la doctrina sobre la admisión de la reducción de las cantidades satisfechas motivadas por un convenio regulador ocasionado por una crisis matrimonial elaborada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Las primeras conclusiones que pueden extraerse de tal análisis son la existencia de numerosos pronunciamiento sobre la

cuestión (lo que demuestra la complejidad y conflictividad que ha generado), como resultado de lo anterior la existencia de una gran divergencia en los supuestos analizados y la divergencia de criterios empleados para resolver estas cuestiones, aunque destacan la aplicación del criterio sistemático, ontológico y teleológico como fórmulas más frecuentes de resolución de los conflictos.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Como se ha señalado con anterioridad, una de las condiciones exigidas legalmente para admitir la reducción de las cantidades satisfechas al cónyuge estriba en la aprobación judicial del convenio regulador que detalla la naturaleza, el importe y la posible actualización de dichas cantidades. Sin embargo, la falta de claridad de numerosos convenios reguladores (debida quizás a la impericia de los redactores del mismo), la modificación de las circunstancias familiares que han generado la alteración del convenio no siempre con la pertinente autorización judicial o la diferente naturaleza de las prestaciones a través de las cuales se materializa el pago de la pensión (que pueden tener una naturaleza no dineraria) han generado numerosos conflictos.

Así, en numerosas ocasiones, al abordar las Sentencias analizadas la cuestión de la naturaleza de la prestación han encontrado dificultades para ello por la vacilante terminología empleada en los diferentes convenios reguladores aprobados judicialmente siendo tales documentos elementos fundamentales de determinación de la naturaleza de la prestación. También han tenido ocasión en repetidas ocasiones de valorar los convenios no aprobados judicialmente o, mejor dicho, las alteraciones sobrevenidas de los convenios aceptados en los que se cambia la naturaleza de los pagos. La existencia de convenios reguladores en los casos de uniones de hecho o la consideración como convenios reguladores de las sentencias emitidas por los órganos judiciales de otros Estados también son cuestiones objeto de interpretación. Los supuestos, relativamente frecuentes, de pagos de pensiones compensatorias en especie o mediante asunción de deudas han merecido, también, el interés jurisprudencial.

A continuación, con el fin de facilitar su manejo por parte de los operadores jurídicos, se han reseñado las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de forma que se han agrupado los supuestos en los que se ha admitido la reducción en la base imponible y aquellos en los que no se ha admitido.

2.1. Supuestos en los que se ha admitido la procedencia de la reducción en la base imponible del IRPF del pagador:

a) *Posibilidad de deducción de la pensión por alimentos al cónyuge:* Aunque no es un aspecto de la normativa muy conocido, lo cierto es que la pensión por alimentos al cónyuge (supuesto admitido expresamente por el art. 142 del Código Civil) satisfecha en virtud de decisión judicial puede ser reducida respecto de la base imponible del pagador. Sin embargo, en el momento de redactar el convenio regulador, cuando se incorpora una pensión por alimentos a favor del cónyuge no siempre se desglosa respecto de la pensión correspondiente a los hijos no minorable por lo que habrá que proceder a determinar el sistema de reparto de dicha cantidad. En ocasiones, sin embargo, la Jurisprudencia no ha admitido la reducción de la pensión por alimentos en los casos de divorcio ya que se considera que, tras el divorcio, ya no existe el vínculo matrimonial y ya no existen cónyuges por lo que no cabe una pensión por alimentos al cónyuge.

— La pensión por alimentos a la esposa (que representa en un determinado convenio regulador por separación el 65% del importe total satisfecho) es susceptible de reducción en la base imponible del IRPF del cónyuge pagador (STSJ Madrid de 3 de octubre de 2002).

— La cuestión se plantea en relación con un convenio regulador aprobado judicialmente que comprende la existencia del pago de una pensión compensatoria al cónyuge y de una pensión por alimentos a los cuatro hijos y al cónyuge pero sin desglosar estas cantidades entre unos y otros. Al tener la pensión compensatoria y la pensión por alimentos del cónyuge la condición de minorables en la base imponible del IRPF pero no así la pensión por alimentos a los hijos, se plantea la cuestión de determinar qué parte corresponderá a los alimentos del cónyuge. El Tribunal considera conforme a Derecho la fijación que hace la resolución recurrida que opta por dividir el total de la pensión por alimentos en partes iguales conforme al artículo 393 del Código Civil* (FJ 4.º de la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2002). El resultado final es que el 20% del total de la pensión

* Artículo 393 del Código Civil.

El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas.

Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.

por alimentos será atribuido a la esposa y podrá ser objeto de reducción en el IRPF del esposo.

— Sin embargo, la STSJ Madrid de 27 de febrero de 2002, en su Fundamento Jurídico 3.º, ha adoptado una decisión diferente en relación con la pensión por alimentos a favor del cónyuge fijada mediante convenio regulador aprobado judicialmente («pensión alimenticia») en caso de divorcio. El Tribunal niega la condición de cónyuge a la esposa una vez se ha producido el divorcio ya que esta institución produce la disolución del matrimonio y los cónyuges dejan de serlo, por lo que se extingue la obligación recíproca de alimentarse. En el propio Fundamento Jurídico 3.º de esta resolución, que nos parece muy desafortunada, sostiene que «sólo puede reducirse de la base imponible el importe de la pensión compensatoria a favor del excónyuge». Esta sentencia proveniente de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa parece entrar en contradicción con la resolución de la jurisdicción civil que ha admitido el contenido del convenio regulador que comprende la existencia de una pensión por alimentos a favor del que fuera cónyuge. Parece que la Sala de lo contencioso-administrativa se está arrogando facultades de interpretación en materia de Derecho civil que no le corresponden. Además, la exigencia de la autorización judicial para que el convenio dé lugar al nacimiento del derecho a la reducción supone una confianza legítima del legislador en los criterios seguidos por la jurisdicción civil la que, por cierto, es especialista en cuestiones de Derecho de familia.

— En sentido favorable a la reducción hay que hacer referencia a la STSJ Madrid de 9 de octubre de 2002 que examina el tratamiento tributario aplicable a un convenio regulador derivado de un divorcio en el que se reconoce a favor de la ex esposa una cantidad mensual actualizable según el IPC, en concepto de contribución a los alimentos, y una entrega única a tanto alzado en concepto de pensión compensatoria por el desequilibrio económico. Con posterioridad, los antiguos cónyuges elevaron a escritura pública una aclaración al convenio regulador donde se afirmaba que la cantidad mensual actualizada entregada tenía «en realidad la consideración de pensión por alimentos». Para resolver sobre la posible aplicación de la reducción, el Tribunal acude a un criterio de interpretación ontológico, es decir, al de la verdadera naturaleza de las cosas («atendiendo a su verdadera naturaleza, dentro de la amplitud que recoge el artículo 97 del Código Civil, pese a la denominación utilizada en el correspondiente convenio regulador»). Explica el Tribunal en

el Fundamento Jurídico 4.º que «tras el divorcio no existe obligación legal alguna de prestar alimentos a la que fue esposa ni de contribuir al levantamiento de las cargas de un matrimonio que no existe» por lo que se reconoce una nueva naturaleza a las cantidades satisfechas que pasan a tener la naturaleza de pensión compensatoria y dan derecho a la reducción en la base imponible del IRPF del pagador. Mientras que en la Sentencia ahora reseñada se empleó un criterio ontológico para calificar la renta como pensión compensatoria en la Sentencia reseñada con anterioridad no se efectúa la remisión a este criterio ontológico para resolver la cuestión planteada (siendo la misma Sala la que decide en los dos supuestos).

— En el supuesto de un convenio regulador en que no se efectúa la distinción entre la fracción del dinero satisfecho por el pagador que es destinado a alimentos y como contribución a las cargas familiares y como pensión compensatoria a la esposa, corresponde al pagador la prueba de cuál es la cantidad que corresponde a la pensión compensatoria. La Sala se apoya en el artículo 114.1 LGT⁷ que regula la cuestión de la carga de la prueba. Sin embargo, hay que destacar que la Administración Tributaria había aceptado una reducción del 50% de las cantidades declaradas por el interesado (FJ 4.º de la STSJ Madrid de 24 de enero de 2001).

b) *Admisión de la minoración tras la ruptura con una pareja de hecho:*

— Es procedente de la reducción en el IRPF del pagador de las cantidades satisfechas a la persona con la que se convivió maritalmente durante diez años. Estas cantidades a satisfacer durante un plazo de tres años merecen la calificación por el Tribunal de pensión compensatoria «pues su finalidad era hacer frente a los gastos de alquiler de una nueva vivienda como consecuencia de la obligación asumida por aquella de abandonar la que había ocupado mientras duró su relación» (FJ 2.º de la STSJ Madrid de 27 de junio de 2002).

c) *Admisión de un convenio regulador de divorcio dictado en Francia:*

— Es reducible la cantidad fijada en convenio regulador de un divorcio acordado en una resolución judicial dictada en Francia (FJ 4.º STSJ Madrid de 18 de mayo de 2002).

⁷ Artículo 114.1 de la Ley General Tributaria.

Tanto en el procedimiento de gestión como en el de resolución de reclamaciones, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos normalmente constitutivos del mismo.

d) *Naturaleza de los pagos a título de pensión compensatoria:*

- Obligación de pago del alquiler al otro cónyuge: La pensión compensatoria puede materializarse en la obligación de pago del alquiler al otro cónyuge ya «que la cantidad fijada en concepto de alquiler trae su causa inmediata en el divorcio y trata de compensar al esposo por tener que dejar el domicilio que fue del matrimonio y por convenir que se alojará en un apartamento alquilado por cuenta de la esposa, lo que debe considerarse incluido en el concepto de pensión compensatoria» (FJ 4.º STSJ Madrid de 18 de mayo de 2002).
- Concesión del derecho de usufructo vitalicio sobre una vivienda y garaje privativos: En un caso de divorcio es reducible en la base imponible del IRPF del pagador, el valor del pago en un solo acto de una cantidad en metálico y del derecho de usufructo vitalicio sobre una vivienda y garaje privativos si así está previsto en el convenio regulador aprobado mediante sentencia judicial (STSJ Madrid de 7 de noviembre de 2001).
- Cantidad a tanto alzado: En el FJ 4.º de la STSJ de Madrid de 13 de junio de 2002 se analiza el caso de un convenio regulador que incluye, por un lado, la entrega a la esposa de una cantidad a tanto alzado por carecer la esposa de domicilio propio y una pensión compensatoria fijada como una pensión mensual. La cuestión que se plantea es la del tratamiento fiscal a otorgar a la cantidad satisfecha a tanto alzado. El Tribunal resuelve la cuestión acudiendo a una interpretación sistemática y teleológica de la regulación civil. Así, el Tribunal afirma que «el Código deja una clara libertad a los cónyuges en la fijación del tipo o forma de la pensión, no en vano el núm.1 del artículo 97 establece que habrá que estarse en primer lugar «a lo que hubieran llegado los cónyuges», reconociendo el artículo 99 distintas formas alternativas a lo que supondría la clásica fijación de una pensión económica de pago mensual. Esto significa, que nada impide la fijación de la entrega de un capital y una pensión periódica, cuando el objeto de uno y otro sea el resarcir, compensar o indemnizar a uno de los esposos del quebranto económico que le ocasiona la separación o divorcio. Para determinar tal alcance, habrá que estar al convenio aprobado judicialmente, y tras el análisis de las palabras y su sentido, valorar si se pretendía tanto con el pago de la pensión, como con la entrega del capital, atender a dicha finalidad indemnizatoria». Dado que en este caso tanto la pensión como el capital entregado por el sujeto pasivo a su ex esposa tenían como

- finalidad la compensación económica, se puede aplicar la reducción.
- Cesión del 50% de un inmueble de carácter ganancial: También se admite la reducción en el FJ 4.º de la STSJ de Madrid de 21 de noviembre de 2002 cuando la pensión compensatoria consiste en la cesión del 50% de un bien inmueble de carácter ganancial establecida según el correspondiente convenio regulador de separación judicialmente aprobado.
- Asunción de la obligación de pago de un crédito hipotecario: Otro supuesto de admisión de la reducción es aquel en el que el convenio regulador correspondiente a un divorcio autorizado judicialmente incorpora como uno de los elementos de la pensión compensatoria la obligación por parte del pagador de satisfacer unas cantidades hasta que se liquide el crédito hipotecario que gravaba la vivienda que hasta entonces constituía el hogar familiar y que le fue adjudicada en propiedad a su ex mujer en la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales (FJ 5.º de la STSJ Madrid de 3 de mayo de 2003 y FJ 4.º de la STSJ Madrid de 12 de julio de 2002). Se trata, por lo tanto, de la asunción de una deuda de naturaleza hipotecaria que se materializa en el importe de los plazos satisfechos hasta liquidar la deuda hipotecaria. El importe anual de los plazos satisfechos será la cantidad que podrá reducirse por parte del pagador.
- Por el contrario, en el caso de que el convenio regulador de separación autorizado judicialmente reconozca una pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges, una pensión por alimentos por cada uno de los hijos, «así como los gastos de comunidad de la vivienda», los conceptos de gastos de comunidad y de IBI no han de incluirse dentro de la pensión compensatoria sino que «las otras cantidades deben ser consideradas como gastos de alimentos o sustento familiar a los que se refieren los artículo 142 y ss. del CC» y no dan lugar a reducción en la base imponible (FJ 4.º de la STSJ Madrid de 2 de septiembre de 2003).

2.2. Supuestos en los que no se ha admitido la reducción en la base imponible del IRPF del pagador:

a) *Ausencia de resolución judicial autorizada*

- Uno de los requisitos necesarios para poder beneficiarse de la reducción en la base imponible es el de la existencia de una

resolución judicial que homologue o apruebe el convenio regulador en los casos de separación, divorcio o nulidad. La ausencia de este convenio regulador autorizado conlleva la inexistencia del derecho a aplicar la reducción en la base imponible. «La decisión del órgano judicial competente es la única que puede establecer con plenitud de efectos legales la existencia de las condiciones que obligan a satisfacer una pensión compensatoria y en determinada cuantía, que son las circunstancias que amparan la reducción tributaria aquí analizada; de lo contrario, se dejaría a la voluntad de los particulares la determinación del carácter deducible de las pensiones y la fijación de su importe, lo que es incompatible con el sistema fiscal vigente» (FJ 2.º de la STSJ Madrid de 30 de enero de 2002).

— En la STSJ Madrid de 20 de junio de 2002, el convenio regulador en un supuesto de divorcio fijaba dos pensiones: una pensión compensatoria al excónyuge (65% del total) y una pensión por alimentos a la hija común (35% del total). No cabe alegar que, en realidad, el pago que se hizo correspondió únicamente a la pensión compensatoria ante la existencia de dificultades económicas para pagar la pensión por alimentos ya que «la alteración de los términos del convenio sólo puede tener eficacia fiscal pretendida cuando ha sido llevada a cabo por decisión judicial, requisito que aquí no concurre». La posible aplicación de un criterio ontológico que sirviera para decidir sobre la verdadera naturaleza del pago efectuado vendría dificultado por el propio reconocimiento por el contribuyente de la modificación de la naturaleza efectuada por razones financieras exclusivamente.

— Vuelve a reiterarse la necesidad de aprobación judicial para dar relevancia en el ámbito tributario a una modificación del convenio regulador en el FJ 5.º de la STSJ Madrid de 30 de enero de 2002 que expone que «no se prueba la modificación de las medidas judiciales iniciales mediante el correspondiente convenio entre los cónyuges judicialmente aprobado, donde conste que las cantidades satisfechas lo eran en el concepto que nos ocupa [pensión compensatoria]».

— En el supuesto de que se quiera modificar el contenido del convenio regulador ante un cambio de circunstancias como el traslado de la guarda de los hijos, una fotocopia compuesta de dos folios en que consta una diligencia del Juzgado relativa a su concordancia con el documento original no es título válido a efectos fiscales. Es un título inválido ya que no se puede calificar como una decisión judicial, condición necesaria para que

las cantidades satisfechas puedan gozar de la condición de reducibles en la base imponible del IRPF del pagador (FJ 4.º STSJ Madrid de 25 de abril de 2001).

— El FJ 4.º de la STSJ Madrid de 19 de septiembre de 2002 resume la cuestión señalando que «el problema de la deducción en la base imponible de las pensiones compensatorias al cónyuge cuando derivan de un convenio particular ha sido examinado por la jurisprudencia exigiendo siempre la existencia de un convenio o acuerdo del que deriva la pensión compensatoria y a cuyos términos habrá de estarse para determinar su naturaleza y contenido, siempre que cuente con tal aprobación judicial (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre y 13 de noviembre de 1998)».

b) *Cuantía del importe a deducir en la base imponible del IRPF*

— Si el interesado quiere incrementar el importe de la reducción respecto de la que había incluido en su declaración-liquidación con anterioridad, debe acreditar el importe de esta nueva cantidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 114.1 de la Ley General Tributaria (FJ 4.º STSJ Madrid de 7 de marzo de 2001).

— No procede la reducción en la base imponible del IRPF del pagador del importe de las cantidades satisfechas a título de «sostenimiento de las cargas familiares» ya que se trata de conceptos que no están expresamente incluidos en el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 (FJ 4.º de la STSJ Madrid de 28 de febrero de 2001). Tampoco cuando se emplee el concepto de «ayuda a las cargas del matrimonio y alimentos a los hijos» (FJ 4.º de la STSJ Madrid de 20 de junio de 2002) o el concepto de «levantamiento de las cargas familiares» (FJ 2.º de la STSJ Madrid de 28 de octubre de 2002), «cargas familiares y alimentos y el resto de gastos extraordinarios que surgieran con motivo de la educación, salud o desarrollo de las hijas» (FJ 2.º de la STSJ Madrid de 4 de diciembre de 2002), «contribución de cargas del matrimonio... en concepto de alimentos...» (FJ 6.º de la STSJ Madrid de 21 de enero de 2003).

— Empleando un criterio sistemático califica el Tribunal como pensiones por alimentos a favor de los hijos «las cantidades pagadas para el alquiler de la vivienda de la esposa» ya que en una cláusula del convenio regulador existían una expresa renuncia de los cónyuges al pago y percepción de pensión compensatoria. Por lo tanto, el Tribunal concluye que «se trata de

cantidades similares para el levantamiento de cargas familiares (STSJ Madrid de 26 de diciembre de 2002).

— Dado que el artículo 71.2 de la Ley 18/1991 «encinca» expresamente del ámbito de la reducción que allí se regula las anualidades por alimentos fijadas en favor de los hijos del sujeto pasivo, debemos concluir que lo que pretende el demandante no es ya una interpretación alternativa más o menos forzada de la norma sino, sencillamente, la adopción de una solución que naturalmente la consiguiera (STSJ Madrid de 12 de julio de 2002).

SELECCIÓN DE DIGESTIVOS

— La STSJ Madrid de 11 de diciembre de 1995 que las costas de un proceso se han de considerar como relativas al litigante y a quien se ejercita el derecho que se discute y no al juez.

iii. En esta Dirección General se ha recibido solicitud de informe cursada por V.I., en relación con la **conveniencia de otorgar poder general para pleitos a Abogados y Procuradores contratados por la compañía de seguros Winterthur para la reclamación judicial de los daños producidos al automóvil con matrícula XXXXX, adscrito al Servicio de Conservación de Montes de la Consejería de Medio Ambiente**¹.

El informe ha de partir de la siguiente relación de

HECHOS

PRIMERO. La Consejería de Medio Ambiente tiene suscrito un contrato de seguro con Winterthur Seguros Generales, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, cuya copia no se nos ha remitido, en relación con el vehículo con matrícula XXXXX, que sirve las necesidades del Servicio de Conservación de Montes.

El contrato cubre, al parecer, la responsabilidad civil obligatoria, la responsabilidad civil voluntaria y la protección jurídica que puedan derivarse de la circulación del automóvil, pero no los daños propios del vehículo.

SEGUNDO. El 5 de abril de 2002, el mencionado vehículo sufrió daños de consideración como consecuencia de un accidente provocado por un vehículo que circulaba en sentido contrario, a la altura del kilómetro 21 de la carretera Nacional I. El importe en que se han evaluado tales daños alcanza los 5.096,07 euros, intereses al margen.

TERCERO. La sociedad aseguradora ha reclamado extrajudicialmente la reparación del perjuicio al propietario del vehículo que ocasionó el accidente, sin que al parecer haya obtenido respuesta satisfactoria. Ante la nula eficacia del intento de transacción, el abogado Sr. D. F. E. P., contratado por la empresa Winterthur para la llevanza del asunto, ha solicitado por escrito a la Comunidad de Madrid el otorgamiento de un poder general para pleitos a favor de determinados Abogados y Procuradores, para la reclamación en vía judicial de los daños ocasionados al vehículo, esto es, para actuar en nombre e interés de la Comunidad de Madrid.

¹ El presente Informe ha sido emitido por el Letrado de la Comunidad de Madrid D. Tomás Navalpotro Ballesteros.

A la descripción de hechos anteriormente relatada, le son de aplicación los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La reclamación de los daños ocasionados al vehículo del Servicio de Contratación de Montes, de hacerse valer en vía judicial, debería formularse ante los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil, salvo en el caso de que el automóvil que colisionó contra aquél estuviera al servicio de otra Administración Pública, supuesto en el que sería competente el contencioso-administrativo, previa reclamación administrativa de responsabilidad patrimonial.

Toda vez que en la solicitud de informe no se hace expresión del carácter público del sujeto contra el que habría de dirigirse la demanda, entendemos que el opositor o litigante de la Comunidad de Madrid es un particular. En consecuencia, el primer punto de nuestro interés será dejar constancia de los requisitos procesalmente exigibles para comparecer ante el orden jurisdiccional civil, en especial en lo atinente al de postulación procesal, en cuya virtud la intervención de quienes sean parte en un litigio deberá articularse a través de profesionales técnicos en la materia, con el fin de evitar que el apasionamiento de los interesados contamine la discusión procesal.

La regla general establecida en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, siguiendo la tradición de nuestro Derecho, impone a las partes comparecer al procedimiento representadas por procurador y asistidas técnicamente por un abogado. Con respecto al primero, precisa el artículo 23.1 que «la comparecencia en juicio será por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio».

La relación entre la parte representada en juicio y el Procurador se articula a través del poder, documento en que aquélla manifiesta su voluntad de ser representada por éste y que será otorgado ante Notario o conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del órgano judicial competente para el conocimiento del pleito, constituyendo su otorgamiento requisito esencial al punto que ha de acompañarse al primer escrito o actuación en sede judicial (art. 24). De esta forma, en caso de que la Comunidad de Madrid pretendiera ser representada en juicio por un Procurador de los Tribunales, habría de proveerse a la suscripción del correspondiente poder, propósito al que se dirige la solicitud de autorización que desde estas líneas contestamos.

Del mismo modo, quienes sean parte en un proceso civil «serán dirigidos por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tri-

bunal que conozca del asunto». Nuevamente resalta la ley la esencialidad de la intervención del profesional técnicamente cualificado en Derecho, al prevenir que «no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado».

No es necesario que la relación de encomienda de la llevanza de un asunto en sede judicial al abogado se articule o manifieste en un poder, sea general para pleitos o especial para una gestión jurisdiccional determinada. Sin embargo, existe cierta costumbre de incluir a los letrados en los poderes generales para pleitos, acompañando a los Procuradores de los Tribunales, con la finalidad de que su relación con el cliente no sea discutida ante el órgano jurisdiccional.

De la norma regular, que exige la personación de las partes ante el Juez por medio de Procurador y Abogado, vienen a exceptuarse respectivamente determinados supuestos en los artículos 23.2 y 31.2 de la Ley 1/2000, careciendo de interés su mención por lo que se dirá en el fundamento jurídico siguiente, que a continuación exponemos.

SEGUNDO. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha extendido a las Comunidades Autónomas el régimen de unidad de postulación tradicionalmente establecido a favor de la Administración General del Estado, a la que representan y defienden al unísono los Abogados del Estado, que aúnan así en un solo profesional especializado en Derecho las funciones propias del Abogado y del Procurador.

Así, dispone el artículo 447.2* que «la representación y defensa de las Comunidades Autónomas... corresponderán a los Letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones públicas, salvo que designen Abogado colegiado que les represente y defienda». En su desarrollo, la Ley 3/1999, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, atribuye a los Letrados de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid la representación y defensa de ésta, de sus organismos autónomos y de cualesquiera otras entidades de Derecho público de ella dependientes, ante toda clase de juzgados y tribunales sin excepción.

La necesidad de intervención del Letrado de la Comunidad de Madrid no admite exclusión por razón del tipo de procedimiento judicial en la Ley 1/1999, por lo que, en atención al principio de especialidad, no será excusable su participación ni tan siquiera en aquellos supuestos en que los artículos 23.2 y 31.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hacen innecesaria la actuación de las partes por medio de

* Durante el periodo de publicación de este número se ha aprobado la LO 19/2003, de 23 de diciembre que modifica la LOPJ a referencia debe entenderse hecha al artículo 551.3 LOPJ.

Procurador y Abogado, respectivamente. En estos casos, pues, la Comunidad de Madrid no podrá actuar a través de un apoderado o representante legal sin más, sino precisamente por medio de su representante procesal, que es el Letrado de la Comunidad de Madrid.

TERCERO. Realmente, hay excepciones a la norma general imperativa, que impone la intervención en juicio de la Comunidad de Madrid por medio de sus Letrados, no hacen referencia al tipo de procedimiento ni a la especialización del órgano judicial ante el que se trata de actuar, sino que vienen dadas por la posibilidad de convenir entre el Gobierno estatal y el autonómico su defensa por Abogados del Estado y, en segundo lugar, por la excepcional hipótesis de que el Consejo de Gobierno pueda atribuir la representación o defensa de nuestra Comunidad a Procuradores o Abogados particulares.

A los efectos que nos interesan, únicamente hemos de considerar esta segunda posibilidad, prevista en el artículo 1.3 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid en los siguientes términos:

«En casos excepcionales y oído el Director General de los Servicios Jurídicos, el Consejo de Gobierno podrá acordar que la representación y defensa en juicio sean asumidas por un abogado en ejercicio, o confiar a éste sólo la defensa y la representación en juicio a un procurador».

En cuanto a los requisitos del acuerdo, significar sucintamente el relativo a la competencia para dictarlo, que ostenta en exclusiva el Gobierno de Madrid y, en cuanto al procedimiento, mencionar la necesaria audiencia del titular de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Pero, sobre todo, la actuación de esta potestad del Gobierno autonómico se define por la excepcionalidad de su ejercicio, lo que obliga a su aplicación restrictiva y cautelosa, de modo que sólo en casos en que el superior interés público exija de modo patente y manifiesto exceptuar la aplicación del régimen general, será legítimo su ejercicio.

No parece que haya sido intención del legislador establecer una válvula de escape a posibles dudas sobre la aptitud de los Letrados de la Comunidad de Madrid para la llevanza de asuntos determinados, por lo que la excepcionalidad concurrirá, más bien, cuando los medios técnicos y humanos a disposición de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sean insuficientes para la adecuada defensa de la Administración ante los Tribunales de Justicia, de modo que el encomendar el pleito a un profesional ajeno a la Comunidad de Madrid garantizara una mejor atención de los intereses autonómicos.

Ahora bien, en el caso que se nos plantea no encontramos ninguna particularidad sustancial que llegue a justificar un tratamiento excep-

cional. Únicamente se da el caso de que la asistencia jurídica ofrecida por Winterthur está prevista en la póliza de seguro y, por consiguiente, es una contingencia cubierta por el contrato de seguro, siendo así que la tramitación del pleito no conllevaría un coste adicional para la Administración, más allá de aquella parte de la prima que precisamente tenga su razón de ser en la cobertura de dicho riesgo.

Sin embargo, ello debe ser puesto en contraste con el coste que conlleva para la Consejería de Medio Ambiente la llevanza del asunto atendiendo al régimen ordinario, es decir, por un Letrado de la Comunidad de Madrid. Y, hecha la confrontación, se antoja más beneficiosa desde el punto de vista económico esta última solución, pues la retribución de los Letrados de la Comunidad de Madrid no aumenta a razón del número de litigios que dirijan, lo cual equivale a que la reclamación judicial tendría para la Consejería nulo coste. Por contra, el tener cubiertos los gastos de asistencia jurídica en la póliza de seguro repercute al alza sobre la prima de un modo innecesario, al existir en la Comunidad de Madrid un Cuerpo, el de Letrados, encargados de la representación y defensa de la Administración ante los Tribunales de Justicia.

Pero, sobre todo, no se llega a sospechar en qué medida podría suponer una mejor defensa de los intereses de la Comunidad de Madrid la encomienda de la gestión judicial a abogados externos a su plantilla. Nuestra Administración, al ordenar cubrir de modo necesario los puestos de Letrado de la Comunidad de Madrid mediante el sistema de oposición (art. 6.1 de la Ley 3/1999), toma claro partido por el rigor y la exigencia en la selección, procurando la demostración de una sólida preparación en los opositores que garantice unos servicios jurídicos de calidad y eficientes.

Por contra, asignar la reclamación judicial a profesionales que no han pasado por el trance de demostrar su cualificación en circunstancias de concurrencia competitiva y publicidad, en modo alguno asegura «a priori» que los intereses de la Administración ante los Tribunales de Justicia vayan a ser defendidos con las necesarias garantías. Motivo fundamental para rechazar que concurra en el caso un motivo excepcional que haga pensar que el recurso a profesionales del Derecho ajenos a nuestra Administración vaya a incidir en una defensa jurídica mejor a la que prestarían los Letrados de la Comunidad de Madrid integrados en sus Servicios Jurídicos.

CUARTO. En aquellos supuestos en que, a diferencia de lo que estamos concluyendo en el presente, se estime que acaece una razón de excepcionalidad que aconseja autorizar la representación y asistencia técnica en juicio por Procuradores y/o abogados ajenos a la Comunidad de Madrid, la competencia para realizar el juicio de

excepcionalidad y dictar el Acuerdo pertinente corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. En dicho sentido se manifiesta de modo meridiano el art. 1 de la Ley de Ordenación de los Servicios Jurídicos, en su apartado tercero.

Por ello, el boceto de Orden del Excmo. Sr. Consejero de Medio Ambiente que se adjunta a la petición de informe, sería insuficiente, en caso de ser aprobada, para cumplir las exigencias legales. No es a esta alta autoridad a la que corresponde el aprobar el acuerdo sobre representación y defensa externas, sino al Consejo de Gobierno formalmente constituido, debiéndose reputar nulo de conformidad con el artículo 62, b) de la Ley 30/92, el acuerdo que en tal sentido fuera dictado por un órgano a autoridad distinto.

Sentado lo anterior, podemos establecer las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. La comparecencia ante los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional civil ha de efectuarse, en principio, mediante la representación de un Procurador y la asistencia técnica de un Abogado.

SEGUNDA. Los Letrados de la Comunidad de Madrid asumen legalmente la doble función de representación y defensa al actuar en nombre e interés de dicha Administración.

TERCERA. En casos excepcionales, el Consejo de Gobierno podrá acordar la encomienda de las funciones de representación y defensa en juicio a profesionales ajenos al Cuerpo de Letrados de la Comunidad de Madrid.

CUARTA. En el caso sujeto a informe, no se aprecia razón de excepcionalidad que haga prever que la gestión externa de los intereses procesales autonómicos asegure su mejor defensa, al contrario su asunción por los Letrados de la Comunidad de Madrid es más económica y garantiza de calidad.

QUINTA. En cualquier caso, no bastaría una Orden del Excmo. Sr. Consejero de Medio Ambiente para acordar la asistencia jurídica externa, pues la competencia al efecto corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Es cuanto ha tenido el honor de informar a V.I.

Se ha recibido en este Servicio Jurídico el borrador de anteproyecto de Ley del Régimen Sancionador en materia de vivienda acogida a algún régimen de protección pública en la Comunidad de Madrid².

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

El borrador de Anteproyecto de Ley que se presenta a informe consta de una exposición de motivos, dieciocho artículos, una disposición transitoria, dos adicionales, una derogatoria y una final.

El objeto del anteproyecto de Ley es la regulación del régimen sancionador en la vivienda protegida en la Comunidad de Madrid.

Tal y como señala la Exposición de Motivos del Borrador de Anteproyecto la norma tiene como justificación competencial el Artículo 26 del Estatuto de la Comunidad de Madrid que establece la competencia exclusiva de la misma en materia de vivienda en relación con el Artículo 47 CE que establece un mandato a los poderes públicos en cuanto a establecer las normas pertinentes que hagan efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada.

Al mismo tiempo recoge también, ciertamente en términos moderados y prudentes, la inadecuación de la normativa actualmente existente que se encuentra recogida en un verdadero caos normativo que abarca el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial aprobado por Decreto 2114/68 de 24 de julio, el Real Decreto 2960/76 de 12 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la legislación de viviendas de protección oficial, el Real Decreto Ley 31/78 de 31 de octubre sobre viviendas de protección oficial y el Real Decreto 3148/78 de 10 de noviembre que desarrolla dicho citado Real Decreto Ley. Esta dispersión de normas preconstitucionales, preconstitucionalidad que por excepción permite su rango reglamentario (STC 177/92 de 2 de noviembre que recuerda la imposibilidad de su actualización por la misma vía reglamentaria) y que en algunos casos han sido anuladas por los Tribunales por su falta de tipicidad (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998) hacen especialmente necesario y acertado el presente proyecto normativo, dándose ade-

² El presente Informe ha sido emitido por D. Carlos Yáñez Díaz, Letrado Interino en la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid.

más cumplimiento a la previsión que ya contenía el Artículo 4 de la Ley 6/97 de 8 de enero de la Comunidad de Madrid que creó la figura de la vivienda con protección pública.

En cuanto a la competencia de la Comunidad de Madrid conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional 152/88 de 20 de julio que señaló que *«En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, como declaramos en la STC 87/1985, de 16 de julio y reiteramos en la STC 137/1986, de 6 de noviembre, "las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 de la Constitución, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1)". Ya que el País Vasco tiene competencia en materia de vivienda, puede, sin duda, dentro de los límites que acaban de citarse, dictar su propia normativa sancionadora de las infracciones que se cometan contra la legislación de protección pública de la vivienda. Dicho sea, sin perjuicio de la aplicación supletoria del Derecho estatal».*

Esa interpretación se refuerza con la Sentencia 61/97 de 20 de marzo que excluyó la posibilidad de que el Estado pueda dictar normas en materias de competencia exclusiva autonómica, ni siquiera con carácter supletorio, por lo que quedó así cerrada cualquier previsión legislativa estatal en esta materia si bien el propio legislador estatal tenía conciencia de esta deficiencia legislativa como lo demuestra la Disposición Adicional 6.ª del ya Derogado Real Decreto 1932/91 que trató de establecer una Comisión de representantes de las distintas Administraciones para revisar la normativa sancionadora en materia de vivienda.

Justificada así la competencia de la Comunidad para dictar esta Ley, así como su oportunidad, procede el análisis de su contenido.

El Artículo 1 establece como ámbito de aplicación las viviendas con protección o financiación de la Administración estatal o autonómica cuya promoción, construcción o rehabilitación se lleve a cabo dentro del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

La referencia genérica a viviendas con financiación estatal o autonómica se justifica por cuanto en la actualidad coexisten todavía junto a viviendas de protección oficial anteriores a 1997, las viviendas de protección pública creadas por la Ley 9/97. En cualquier caso debe tenerse presente que, si bien el Consejo de Estado en su Dictamen de 18 de enero de 2001 (Expte. 3776/2000) a propósito del Decreto 11/2001 de 25 de enero sobre financiación cualificada en materia de

vivienda y su régimen jurídico para el periodo 2001-2004 en la Comunidad de Madrid, entendió que no procedía incluir en el mismo las llamadas viviendas libres, en este caso al tratarse de una norma de rango legal no habría ningún problema para que comprenda en su ámbito de aplicación tales viviendas, si bien lógicamente la vigilancia y sanción será más intensa y necesaria en las viviendas protegidas.

En el Artículo 2 de la Ley se recoge la definición de los sujetos responsables, considerando como tales a las personas físicas o jurídicas, recomendándose suprimir por innecesaria la mención específica a las gestoras y cooperativas de viviendas, puesto que en el caso de las cooperativas su condición de persona jurídica es clara, como se desprende de los Arts. 1 y 7 de la Ley 27/99 de 16 de julio de Cooperativas.

El Artículo 2.3 establece que si la responsabilidad administrativa se imputa a una persona jurídica pueden ser consideradas responsables las personas que integren sus órganos rectores o de dirección, en el caso de que así se establezca en las disposiciones reguladoras de su régimen jurídico. Esta previsión está claramente inspirada en diversas leyes autonómicas como la Ley 24/91 de 29 de noviembre del Parlamento de Cataluña de viviendas o la Ley 3/95 de 15 de marzo sancionadora en materia de vivienda del Principado de Asturias, si bien plantea serias dudas su eficacia habida cuenta que las normas reguladoras de las distintas personas jurídicas no contienen tal previsión sino que únicamente contemplan la responsabilidad de los administradores de los daños causados por actos contrarios a la Ley desde un punto de vista civil, vgr. Artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989, pero no la responsabilidad administrativa que se puede derivar de una sanción, sin que sea previsible que las leyes reguladoras de las personas jurídicas puedan contemplar tal responsabilidad por exceder de su ámbito de regulación.

Es por ello que resultaría aconsejable establecer una regulación más semejante a la que contiene el Artículo 40 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 que declara responsables subsidiarios de las infracciones tributarias a los administradores de las personas jurídicas que no realizaren los actos necesarios que fueren de su incumbencia para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, consintieren el incumplimiento de las mismas por parte de quienes de ellos dependan o adoptaren acuerdos que hicieren posible la comisión de las mismas.

De esta forma se compatibilizaría tanto el respeto al principio de personalidad que impone el Artículo 130 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre como la eficacia necesaria a la hora de establecer un régimen sancionador que afecta a personas jurídicas que pueden resultar insolventes o haberse extinguido en el momento de la sanción de la infracción.

II

El título II de la Ley hace referencia al régimen de infracciones y sanciones, recogiendo la tradicional clasificación en leves, graves y muy graves, planteándose en este caso el problema de determinar las infracciones cuando no existe una regulación unitaria de la vivienda protegida, puesto que, a las normas estatales de aplicación supletoria, hay que sumar la normativa de la Comunidad de Madrid dispersa en una serie de normas reglamentarias, que ofrece dificultades para determinar si las infracciones recogidas cubren esencialmente todos los posibles supuestos de incumplimiento de obligaciones en materia de vivienda.

Es por ello que convendría ir avanzando, pudiendo la presente Ley significar un paso adelante hacia dicho fin, hacia la regulación de la vivienda protegida en la Comunidad de Madrid con una ley general que evitase las ahora necesarias remisiones a la caduca legislación estatal y que permita dar una respuesta a las específicas necesidades de la Comunidad de Madrid en materia de vivienda, necesidades diferenciadas que la propia Ley 6/97 reconoció expresamente.

En cuanto a las infracciones tipificadas, esencialmente semejantes a las que recogían los Decretos estatales, debemos recomendar un especial cuidado al utilizar conceptos indeterminados tales como «inadecuación no ostensible» Artículo 6 e) o «deficiencias de escasa entidad» Artículo 6 g) que podrían dar lugar a conductas que, pese a incumplir la normativa de vivienda, no fuesen sancionables al resultar de difícil interpretación tales conceptos.

Especialmente debemos hacer una referencia a la tipificación, tradicional en el ámbito de la vivienda protegida, de las ventas o arrendamientos con sobreprecio. Esta obligación que permite asegurar la finalidad de las viviendas protegidas durante el plazo de tiempo previsto en su normativa ha planteado el problema de la más reciente jurisprudencia que admite la validez civil de estos contratos, así sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1994 (Sala 1.ª) por considerar que al establecerse una sanción se excluye la invalidez del contrato. Por ello y a efectos de una mayor sanción de estas conductas convendría, ya sea en esta Ley o en una futura Ley de vivienda protegida, establecer que la sanción administrativa no supone un reconocimiento de la validez civil del contrato.

El hecho anteriormente aludido de que no exista una norma general en materia de vivienda hace que las obligaciones en esta materia estén desperdigadas en una pluralidad de normas de carácter reglamentario que hacen difícil precisar si el catálogo de infracciones contenido en el presente proyecto es todo lo exhaustivo que debiera. Por ello quizás fuese recomendable recoger una cláusula general sancio-

nadora que tipificase como infracción leve cualquier otro incumplimiento de una obligación en materia de vivienda que no este tipificado como infracción grave o muy grave y que no opere como un elemento de graduación de la sanción, en términos semejantes a lo que recoge el Artículo 78.1 de la Ley General Tributaria.

No parece que sea un obstáculo a esta tipificación general el que la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998 anulase el Artículo 154 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial puesto que dicho artículo contenía una total indefinición en cuanto a la forma de tipificar la infracción (permitía calificarla como leve, grave o muy grave en función de criterios puramente subjetivos a apreciar por la Administración), en tanto que una redacción semejante a la de la Ley General Tributaria permitiría determinar el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien incumpla una obligación en materia de vivienda.

III

En lo que respecta al Capítulo II (sanciones) hay que indicar que el establecimiento en el Artículo 8.3 de unos criterios de graduación de la sanción no impide tener en cuenta otros criterios habida cuenta del carácter abierto que establece el Artículo 131.3 de la Ley 30/92.

En el Artículo 8.4 conviene aclarar que las sanciones que se recogen se podrán añadir a las sanciones «pecuniarias». De igual forma conviene añadir en el Artículo 8.4 b) el artículo en el que se recogen las infracciones que permiten la imposición de esa sanción.

También podría resultar interesante recoger como una posible medida complementaria, a adoptar discrecionalmente por la Administración, la existencia de un derecho de retracto como el que establece la Ley 7/88 de 15 de abril del Parlamento Vasco y que fue confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1997 puesto que permitiría a la Administración obtener viviendas al objeto de destinarlas a sus fines sociales que se trataron de desvirtuar en la venta con sobreprecio. Dicho retracto vendría a complementar el que establece el Artículo 182.1 b) de la Ley 9/2001 de 17 de julio del Suelo de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al Capítulo V, el Artículo 16 contiene una doble redacción respecto de la ejecutividad, aunque bajo la rúbrica de ejecutoriedad. Si bien no es objeto de este informe establecer la diferencia entre dichos conceptos, al que habría que sumar el de la ejecución forzosa, siendo además esta distinción una materia en la que la doctrina y el legislador no han llegado a ninguna conclusión segura, lo cierto es que la referencia al principio de no suspensión

parece indicar más bien que se trata de la ejecutividad de los actos administrativos.

En cualquier caso, de las dos posibles redacciones que contiene el artículo, se recomienda evitar la segunda, puesto que, si bien la redacción recoge la doctrina jurisprudencial iniciada sustancialmente por la STC 78/96 de 20 de marzo, ello precisamente convierte la redacción en innecesaria y además fomenta los recursos y las peticiones de suspensión en contra de la necesaria efectividad del sistema sancionador que recoge la ley.

El Artículo 17 merece una especial consideración. Su finalidad es asegurar el cumplimiento voluntario de las resoluciones sancionadoras, mediante una rebaja de la sanción. Esta posibilidad ha sido acogida tradicionalmente en algunos regímenes sancionadores para favorecer el cumplimiento de la normativa infringida, así la legislación de tráfico o la tributaria. Ahora bien, en este caso, la rebaja prevista del 80% parece a todas luces excesiva, puesto que convierte en provechoso la comisión de la infracción con la esperanza de no ser descubierto y, en ese caso, cumplir las obligaciones y solicitar la condonación. Ese resultado choca con lo dispuesto en el Artículo 131.2 de la Ley 30/92 que dispone que el establecimiento de sanciones no podrá resultar más provechoso que el cumplimiento de las obligaciones infringidas.

Por otra parte podría resultar conveniente supeditar la condonación a la no formulación de recursos como establecía el Artículo 89.2 de la Ley General Tributaria antes de la reforma de la Ley de 20 de julio de 1995, posibilidad admitida por la STC 76/90 de 26 de abril al indicar que *«...esta abstención en el ejercicio de impugnaciones no supone una renuncia, al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que sería en sí mismo inconstitucional, dado el carácter irrenunciable e indisponible de este derecho fundamental, sino simplemente al uso de tal derecho y de las acciones en que se manifiesta por un período de tiempo y en relación con un acto administrativo concreto (...). En la medida en que tal sacrificio no resulta desproporcionado, se adopta libremente por el interesado y con el mismo se obtiene un beneficio graciable, que es el que mejor conviene a los intereses del peticionario de la condonación, no hay transgresión de derecho fundamental alguno (...). En resumen, el artículo 89.2 de la LGT no impide acceder a los Tribunales de Justicia a los contribuyentes infractores, sino que sólo condiciona la obtención de un beneficio a la no impugnación del acto administrativo correspondiente. La libertad del contribuyente para elegir entre una u otra vía, según mejor convenga a sus intereses, queda así salvaguardada y, por ello, no existe vulneración alguna del artículo 24.1 de la Constitución.»*

El Artículo 18 recoge los medios de ejecución forzosa, precepto que deberá analizarse a la luz de los Artículos 95 y ss. de la Ley 30/92, especialmente en cuanto a lo dispuesto en el Artículo 96.2 respecto a que se deberá elegir el medio de ejecución menos restrictivo de la libertad individual.

Se recoge en primer término el apremio sobre el patrimonio, estableciendo su aplicación cuando se acuerde la imposición de una o varias multas que no sean abonadas en periodo voluntario. Convendría no limitar la aplicación del apremio a las multas, recogidas en el Artículo 8 párrafos 1 y 2, sino también aplicarlo a las restantes cantidades líquidas que establece la Ley en su Artículo 8.4 (devolución de intereses legales de las ayudas percibidas).

Debe prestarse especial atención al establecimiento de multas coercitivas que prevé el apartado 2.º del Artículo 18 en dos supuestos, cuando se requiera al expedientado (se recomienda sustituir esta expresión por la de obligado, más acorde con la Ley 30/92 y más correcta puesto que no todo expediente termina necesariamente en sanción) para que devuelva las cantidades indebidamente percibidas al adquirente o arrendatario y también cuando la resolución del expediente acuerde la imposición de una obligación de hacer.

En primer lugar debe hacerse notar la necesidad de fijar claramente los lapsos de tiempo en los cuales se impondrán las multas, puesto que, si bien parece deducirse que son períodos de 30 días, no resulta fijado expresamente, en contra de lo que dispone el Artículo 99.1 de la Ley 30/92. Además, tal y como señala dicha Ley, los lapsos de tiempo deberán ser suficientes para cumplir lo ordenado, por lo cual parece que dicho plazo de 30 días podría ser insuficiente en el caso de las reparaciones por lo que puede ser aconsejable que se establezca un plazo mayor para las mismas.

En segundo lugar debe tenerse presente que la posibilidad de establecer multas coercitivas se funda en lo dispuesto en el Artículo 99.1 c) de la Ley 30/92 *«actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona»*, supuesto que, si bien ha sido criticado por la doctrina por considerar que en ese caso procedería la ejecución subsidiaria, permite por su indefinición aplicar la multa coercitiva a estos supuestos.

Parece superflua la mención de la posibilidad de recurso de alzada contra estas multas así como la referencia a la no suspensión del acto impugnado al estar ya recogida esta posibilidad y sus consecuencias en la Ley 30/92, Artículo 107 en relación con el Artículo 99 *«La multa coercitiva es independiente de las sanciones...»* y Artículo 111 en lo relativo a la no suspensión.

IV

Para concluir el presente informe nos referiremos a la Disposición Transitoria Única que establece que los procedimientos iniciados se regirán por la normativa anterior. Esa previsión puede tener sentido en cuanto a las normas procedimentales pero no en cuanto a la tipificación de infracciones y sanciones, en la que por imperativo del Artículo 25 CE hay que establecer la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables, por lo que en aquellos casos en que sea más favorable la presente Ley debe establecerse su aplicación retroactiva.

El presente informe se emite al amparo de lo dispuesto en el Artículo 4.1 a) de la Ley 3/99 de 30 de marzo de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá.

| N. DECRETOS | FECHA | PREMIER DECRETOS | CONSEJERÍA | CONTENIDO |
|--|------------|------------------|----------------------------|--|
| 11/2003 | 20/11/2003 | 22/11/2003 | PREFECTURA DE LA COMUNIDAD | SE ESTABLECE EL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS DE LA CM |
| 20/2003 | 11/09/2003 | 15/09/2003 | PREFECTURA | SE ESTABLECEN LAS PUESTAS LABORALES PARA 2004 EN LA CM |
| 20/2003 | 25/02/2003 | 27/02/2003 | PREFECTURA | SE MODIFICA EL TÍTULO IV DE LA LEY 1/2003 |
| LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID TERCER CUATRIMESTRE 2003 | | | | |
| 22/2003 | 24/11/2003 | 25/11/2003 | PREFECTURA | SE MODIFICAN PARCIALMENTE LAS ESTRUCTURAS DE LAS DIFERENTES CONSEJERÍAS DE LA CM |
| 23/2003 | 27/11/2003 | 11/12/2003 | JUSTICIA E INTERIOR | SE CREA EL OBSERVATORIO REGIONAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO |
| 24/2003 | 27/11/2003 | 18/11/2003 | PREFECTURA | SE PROCEDIÓ A LA FUSIÓN DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE ENTIDADES Y DE INVESTIGACIÓN DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN |

IV

Para concluir el presente informe nos referiremos a la Disposición Transitoria Única que establece que los procedimientos iniciados se regirán por la normativa anterior. Esta previsión puede tener sentido en cuanto a las normas procedimentales pero no en cuanto a la tipificación de infracciones y sanciones, en la que por imperativo del Artículo 25 CE hay que establecer la retroactividad de las normas sancionadoras más favorables, por lo que en aquellos casos en que sea más favorable la presente Ley debe establecerse su aplicación retroactiva.

El presente informe se remite al artículo 41 de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de mayo de 1981, de la Ley Orgánica 1/1982 de 30 de marzo de Organización de los Servicios Jurídicos.

LEYES Y DECRETOS
 DE LA COMUNIDAD DE MADRID
 TERCER CUATRIMESTRE 2003

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|------------|-----------------------------|---|
| 61/2003 | 21/11/2003 | 22/11/2003 | PRESIDENCIA DE LA COMUNIDAD | SE ESTABLECE EL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS DE LA CM |
| 200/2003 | 11/09/2003 | 15/09/2003 | PRESIDENCIA | SE ESTABLECEN LAS FIESTAS LABORALES PARA 2004 EN LA CM |
| 203/2003 | 25/09/2003 | 02/10/2003 | MEDIO AMBIENTE | SE MODIFICA EL DECRETO 159/98, POR EL QUE SE CREA EL CONSEJO DE PESCA FLUVIAL DE LA CM |
| 227/2003 | 24/11/2003 | 25/11/2003 | PRESIDENCIA | SE MODIFICAN PARCIALMENTE LAS ESTRUCTURAS DE LAS DIFERENTES CONSEJERÍAS DE LA CM |
| 256/2003 | 27/11/2003 | 11/12/2003 | JUSTICIA E INTERIOR | SE CREA EL OBSERVATORIO REGIONAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO |
| 249/2003 | 27/11/2003 | 28/11/2003 | PRESIDENCIA | SE PROCEDE A LA FUSIÓN DE LAS DIRECCIONES GENERALES DE UNIVERSIDADES Y DE INVESTIGACIÓN DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN |

