



Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

N.º 20
Enero
Abril
2005



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 20 Enero-Abril

Año 2005

Estudios

Administración Pública y Saneamiento Eviccionario (1ª parte), por *Ramón Durán Rivacoba*.

Potenciación del Arbitraje Administrativo en materia de consumo, por *Yolanda Hernández Villalón*.

La In/constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y su incidencia en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, por *José Ramón Aparicio de Lázaro*.

La extensión de efectos de las sentencias contencioso-administrativas; el artículo 110 de la L.J.C.A., por *Javier Espinal Manzanares*.

Análisis de la política legislativa de la Unión Europea sobre el empleo de los trabajadores discapacitados, por *Ángel Arias Domínguez*.

Cuando se trata de cambiar... ¿Resulta posible la permuta entre funcionarios de cuerpos docentes universitarios?, por *José Ignacio Rico Gómez, Concepción Calvo Simal y Rafael Barrero Giralda*.

Las Costas de la Acusación Particular, por *Juan Manuel Fernández Aparicio*.

Selección de Dictámenes.

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.
Primer trimestre 2005

28 JUN 2005

R1395





NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publican en la Revista Jurídica podrán aparecer en cualquier otra publicación, profesional o académica de la misma. Los que no se publiquen en la misma se solicite por escrito.

Los trabajos se publican en el número de la Revista en el que se hará constar el título del trabajo, la dirección, dirección, NIF, número de teléfono, fax

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados de acuerdo con lo establecido por la Dirección de la Revista y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados de acuerdo con lo establecido por la Dirección de la Revista y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Los autores de los trabajos publicados serán remunerados de acuerdo con lo establecido por la Dirección de la Revista y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Tirada: 100 ejemplares
Año: 2005
ISSN: 1138-8811
Deposito legal: M-4131-1999
Impreso en España

Director:

Eugenio López Álvarez
 Director General de los Servicios Jurídicos
 eugenio.lopez.alvarez@madrid.org

Subdirector:

Javier Cepeda Morrás
 Subdirector General de lo Consultivo
 javier.cepeda@madrid.org

Edita:

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno
 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.madrid.org>

Puede accederse a ella dentro de «Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet

http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 760 ejemplares

Edición: mayo 2005

I.S.S.N.: 1139-8817

Depósito legal: M-6.420-1999

Imprime: B.O.C.M.

NORMAS DE PUBLICACIÓN*Estudios*

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.

La extensión de ciertos de los contenidos concernientes a...

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.

Uso de las tecnologías de información (Jesús ARIAS)

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

Cuando se trata de ciertos... (Revista jurídica la primera entre)

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. 173

Las Costas de la Acusación Particular (Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO) 209

Selección de Dictámenes 219

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer trimestre 2005 227

ÍNDICE

Estudios	9
<i>Administración Pública y Saneamiento Eviccionario</i> (1.ª parte) (Ramón DURÁN RIVACOBA)	11
<i>Potenciación del Arbitraje Administrativo en materia de consumo</i> (Yolanda HERNÁNDEZ VILLALÓN)	59
<i>La In/constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales y su incidencia en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid</i> (José Ramón APARICIO DE LÁZARO)	87
<i>La extensión de efectos de las sentencias contencioso-administrativas; el artículo 110 de la LJCA</i> (Javier ESPINAL MANZANARES)	123
<i>Análisis de la política legislativa de la Unión Europea sobre el empleo de los trabajadores discapacitados</i> (Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ)	141
<i>Cuando se trata de cambiar... ¿Resulta posible la permuta entre funcionarios de cuerpos docentes universitarios?</i> (José Ignacio RICO GÓMEZ, Concepción CALVO SIMAL y Rafael BARREIRO GIRALDA)	173
<i>Las Costas de la Acusación Particular</i> (Juan Manuel FERNÁNDEZ APARICIO)	209
Selección de Dictámenes	219
Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer trimestre 2005	227

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Director General de la Comunidad de Madrid
 Dirección General de la Administración Pública
 Dirección General de la Administración de Justicia

Subscripciones

Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista los trabajos de autores que no estén relacionados con la Administración de Justicia. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, considerando a los autores el número de trabajos que se incluyan. También se aceptarán trabajos de autores que no estén relacionados con la Administración de Justicia, siempre que se incluyan en el número de trabajos que se acepten.

Los trabajos que se publiquen en la Revista jurídica podrán ser sometidos a publicación en la Revista de la Administración de Justicia, siempre que se incluyan en el número de trabajos que se acepten.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid es un órgano de publicación de carácter científico y académico. Los trabajos que se acepten en esta Revista serán sometidos a un proceso de selección y de evaluación por parte de un comité de expertos. Los trabajos que se acepten en esta Revista serán sometidos a un proceso de selección y de evaluación por parte de un comité de expertos.

Los trabajos que se acepten en esta Revista serán sometidos a un proceso de selección y de evaluación por parte de un comité de expertos. Los trabajos que se acepten en esta Revista serán sometidos a un proceso de selección y de evaluación por parte de un comité de expertos.

Los autores de los trabajos publicados en esta Revista tendrán los derechos de autor y de propiedad intelectual. Los autores de los trabajos publicados en esta Revista tendrán los derechos de autor y de propiedad intelectual.

Volumen: 200 ejemplares
 Edición: mayo 2005
 ISSN: 1138-4817
 Depósito legal: M-5-420-1999
 Impreso: B.O.J. S.A.

Estudios	9
Administración Pública y Saneamiento (1.ª parte) (RAMÓN DURÁN RIVERO)	11
Procesos de Abandono de Vivienda en zonas de riesgo de inundación (JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ VILLALÓN)	39
La incertidumbre del tratamiento entre saneamiento y reciclaje en el sector de aguas de la Comarca de Madrid (JOSÉ ANTONIO HERNÁNDEZ VILLALÓN)	87
La extensión de riesgo de las viviendas construidas entre el año 1950 y la LACA Javier ESPINAL MANZA- NARES)	133
Análisis de la política legislativa de la Unión Europea sobre el empleo de los trabajadores discapacitados (ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ)	143
Cuando se trata de construir... ¿qué es posible la permitida entre funcionarios de empresas de servicios públicos (JOSÉ LUIS RICO GÓMEZ, Concepción CALVO SIMAL y Rafael HERRERA RO GONZÁLEZ)	173
Las Costas de la Asociación Paricular (Juan Manuel FER- NÁNDEZ APARICIO)	209
Selección de Dictámenes	219
Lejos y Docentes de la Comunidad de Madrid. Primer tri- mestre 2002	237

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SANEAMIENTO
EVICIONARIO
(1.ª parte)

Por

RAMÓN DURÁN RIVERO

CONSEJO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

ESTUDIOS

1. PRELIMINAR: SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
2. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
3. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
4. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
5. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
6. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
7. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
8. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
9. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS
10. LA POLÍTICA DE SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS

1. PRELIMINAR: SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS

En un momento de crisis económica y social, el sector público se enfrenta a un reto de enorme importancia: la sostenibilidad económica y social. Este reto requiere una profunda reflexión sobre el papel del sector público en la economía y en la sociedad. En este sentido, el presente estudio analiza el papel del sector público en el saneamiento y en las especialidades administrativas, con especial énfasis en el análisis de la política de saneamiento y de las especialidades administrativas.

**ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SANEAMIENTO
EVICIONARIO
(1.ª parte)**

POR

RAMÓN DURÁN RIVACOBIA

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL DE LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

SUMARIO: 1. PREÁMBULO: EVICCIÓN, SANEAMIENTO Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS. 2. LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ANALÓGOS. 2.1. Sentencias, laudos y actos administrativos. 2.2. Firmeza y ejecutividad. 2.3. La intervención de enajenante. Trámite de audiencia. 3. EVICCIÓN CAUSADA POR ACTIVIDAD EXPROPIATORIA (SUJETO ACTIVO DE LA EVICCIÓN). 3.1. Los actos de *imperium* en el marco de la evicción. 3.2. El problema del derecho previo en la expropiación. 3.3. Noticia del procedimiento expropiatorio, renuncia de la evicción y contrato a riesgo y ventura. 3.4. Ámbito del resarcimiento y justiprecio. 3.5. La irrevocabilidad eviccionaria de la expropiación.

Quisiera dedicar estas páginas a la memoria de Francisco Jordano Fraga, magnífico civilista recientemente fallecido, que dedicó su atención al tema que desarrollo, y cuya pérdida deja un vacío en la doctrina jurídica española más que irreparable. Descanse en paz.

**1. PREÁMBULO: EVICCIÓN, SANEAMIENTO
Y ESPECIALIDADES ADMINISTRATIVAS**

En un reciente y amplio estudio acerca de la evicción y el saneamiento a que da lugar¹, puse de relieve cómo ambas instituciones civiles —de marcados perfiles históricos²— exigen un régimen muy

¹ Véase, por extenso, DURÁN RIVACOBIA, *Evicción y saneamiento*, Pamplona, 2002. Gran parte de las materias aquí sólo referidas sucintamente —por imperativos de la extensión breve del trabajo— reciben su tratamiento amplio en la citada obra.

² Buena muestra de la honda raíz del problema que aquí abordo consta en las palabras de MAYNAR: «nuestro Código civil, siguiendo fielmente los precedentes de la legislación civil española, coincidiendo con todas las legislaciones civiles positivas y concretando con el mayor acierto los hasta hoy indiscutibles principios fundamentales del

especial tratándose de la intervención de Administraciones públicas en el fenómeno. Cabe decir que la presencia de organismos oficiales en ambos extremos —pasivo y activo— de la evicción produce consecuencias de marcada entidad para el mejor análisis del conflicto que se origina.

Sabido es que, según el Código civil, «tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada» (art. 1475, párrafo 1, CC). Las consecuencias que trae consigo la evicción obligan al transmitente —no sólo vendedor³—, a responder por saneamiento,

derecho de obligaciones, ha establecido a favor de todo comprador, la obligación de todo vendedor de saneamiento de la cosa objeto de la venta» (*Emplazamiento de evicción al Estado*, en «Revista de los Tribunales», 1875, p. 66). La opinión, con todo, no es pacífica: cfr. CHARRIN, *Evicción y saneamiento rigiendo el Código civil, de una venta celebrada con anterioridad a la publicación de éste*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1893, p. 66; RODRIGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, p. 97; GARCÍA CANTERO, *Artículos 1474 y ss.*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», dirigidos por ALBALADEJO, XIX, EDESA, Madrid, 1980, p. 268; MORALES, *Comentario al artículo 1474 del Código Civil*, en «Comentario del Código Civil» (Ministerio de Justicia), II, Madrid, 1991, p. 934; RAMOS FOLQUÉS, *El artículo 41 de la Ley Hipotecaria y la evicción y el saneamiento*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1952, p. 627; DE ÁNGEL, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código civil*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1971, p. 1356; TORRALBA, *Comentario a los artículos 1475 a 1483 del Código civil*, en «Comentario del Código Civil» (Ministerio de Justicia), II, Madrid, 1991, p. 935; BELTRÁN DE HEREDIA, J., *El saneamiento por evicción en la partición hereditaria*, en «Revista de Derecho Privado», 1954, p. 838; Cfr. ESPÍN, *Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción*, en «Revista de Derecho Privado», 1966, p. 3; CUENA, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, p. 75; y CASINOS, *La impossibilitat d'excloure totalment la responsabilitat per evicció del venedor mitjançant pacte de renúncia. L'aportació de l'article 1477 i.f. del Codi Civil espanyol*, en <http://www.uv.es/~ripj3cas.htm>.

En vaticinio un tanto ingenuo de MUCIUS SCAEVOLA, los artículos correspondientes del Código civil son «hijos todos ellos de enseñanzas muy viejas y muy sabidas en asunto que, como la compraventa, salió del Derecho de Roma bastante preparado para resistir con fortuna los más fuertes empujes de las transformaciones de la jurisprudencia» (*Código civil comentado y concordado extensamente*, XXIII, revisado por BONET, Madrid, 1970, p. 120).

³ Interesa decir que cuando los autores se refieren a la compraventa incluyen análogo modo cualquier tipo de transferencia compatible con la evicción. El esquema legal de la figura se diseña para este contrato específico, pero vale extenderla también a otros supuestos. Por tanto, utilizo transmisión y venta como idénticos a tales propósitos; y, de la misma manera, comprador, adquirente o *accipiens* y vendedor, transmitente o *tradens*. Existen numerosos ejemplos de contratos distintos de la compraventa con previsiones normativas, dogmáticas y jurisprudenciales sobre la evicción. Así sucede con la permuta (cfr. art. 1540 CC), dación en pago [sostiene la STS de 13 de mayo de 1983 «la aplicación análoga de la garantía por evicción al supuesto de la dación en pago en litigio, por tratarse de una transmisión onerosa» (cfr. su comentario por BERCOVITZ, en «Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil», 1983, pp. 601 y ss.)], arrendamiento (cfr. art. 1553 CC), aportación a sociedad [cfr. art. 1681 CC, sin perjuicio de las leyes mercantiles específicas por razón de la materia, como las de Sociedades (cfr. art. 39.1 de Anónimas; art. 20.2 de Responsabilidad Limitada; y art. 45.4, *in fine*, de Cooperativas)], También destacan los pactos constitutivos de ciertos derechos reales —*v. gr.*, la enfiteusis (cfr. art. 1643 CC); incluida la explotación de propiedades especiales, del estilo de la edición, representación teatral o ejecución musical (cfr. LÓPEZ-FRAGOSO, *op. cit.*, p. 179)— y los aleatorios [renta vitalicia (OCAÑA, *op. cit.*, p. 605; y BELTRÁN DE HEREDIA, J., *La renta vitalicia*, Madrid, 1963, p. 139)]. Por último

término que proviene de sanear o *hacer sana la cosa* (Partidas 5, 5, 36)⁴. La expresión es compartida, e incluso parece más a propósito, para los vicios ocultos de carácter físico, y no a los jurídicos, que provocan el traslado del objeto en poder del adquirente al de un extraño que le derrota en juicio a causa de un derecho anterior a la venta⁵. El saneamiento eviccionario no recae, como pudiera deducirse a simple vista, sobre la cosa desmerecida, sino que opera en el equilibrio de presta-

también grava su impronta jurídica la evicción en la fiducia *cum amico* y *cum creditore* y un largo etcétera.

Al margen de algunos efectos eviccionarios que asimismo contempla el Código civil, como la liberación del fiador (cfr. art. 1849 CC), existen mayores dudas en lo relativo a su presencia en negocios del estilo de la transacción (favore, cfr. VISO, *op. cit.*, p. 223, quien propone un precedente; cfr. *Codex*, 2, 4, 33, en la línea de PALOMAR, para quien «*transigere est alioquin*» (*op. y loc. cit.*, p. 174); por el contrario, cfr. GARCÍA GOYENA *Cfr. op. cit.*, pp. 386 y 387).

Tampoco quedan exentos del análisis eviccionario algunos actos gratuitos [por ejemplo, donaciones a causa de matrimonio (cfr. art. 1340 CC) y onerosas (cfr. art. 638 CC), o los legados de cosa indeterminada: cfr. art. 860 CC], y particionales (cfr. ORDUNA, *op. cit.*, p. 31); aunque para éstos tenga única «finalidad de mantener la igualdad o proporcionalidad de las cuotas atribuidas a los herederos en la partición» (STS de 9 de noviembre de 1957)].

⁴ Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 120; ENNECERUS-KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, II, *Derecho de obligaciones*, I, de ENNECERUS, revisado por LEHMANN, anotado por PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER y puesto al día por FERRANDIS, Barcelona, 1966, p. 70; GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 259; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 56.

⁵ Evicción proviene desde la perspectiva terminológica del verbo latino *vincere*, ser vencido en juicio (cfr. D'ORS, *op. y loc. cit.*; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Madrid, 1989, p. 27; RUIZ, *op. y loc. cit.*, p. 327; RAGEL, *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, p. 635; WACKE, *op. y loc. cit.*, p. 157. Véase su estudio en el Derecho intermedio por RODRIGUEZ MORATA, *op. cit.*, pp. 172 y ss.). Buena prueba es el sentido de la jurisprudencia en este punto: «la evicción etimológicamente significa acto de vencer a otro y en la acepción jurídica la recuperación de la cosa por otro poseída con justo título, y para quien resulta privado de ella es propiamente un despojo que sufre y la responsabilidad que de la evicción se deriva a favor de quien se ve privado de la cosa, constituye la obligación del saneamiento impuesto en la compraventa al vendedor» (Sentencia de 5 de diciembre de 1925; y cfr. Sentencias de 25 de enero de 1945 y de 14 de marzo de 1863, y GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 304). Sostiene MARICHALAR que no surge del término *evicere* (vencer), sino del verbo *vincio* (ligar), en la medida que indica la imprescindible llamada del vendedor al pleito que ha entablado acerca del destino jurídico de la cosa el tercero contra el adquirente, como requisito *sine qua non* para exigir su deber saneatorio, y que vincula en cierto modo sus respectivas suertes en juicio (cfr. *op. cit.*, p. 271).

La génesis lingüística de ambos términos contradice la señalada equivocidad histórica entre saneamiento y evicción (Cfr. FÁBREGAS DEL PILAR, *La acción de garantía en el Derecho español*, en «Revista de los Tribunales», 1915, p. 451), que, lejos de mantenerse como un mero vestigio —así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua de su época, hoy felizmente rectificado, contenía el error de su confusión— perdura hoy día incluso en el plano legal. Constituye una buena prueba el artículo 1069 del Código civil —«*hecha la partición, los coherederos estarán recíprocamente obligados a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados*»— en sede de liquidación sucesoria. En la práctica, debo reconocer que la equivalencia entre la evicción y el saneamiento por desgracia se mantiene incluso en el lenguaje científico. El hecho radica en que se toma la parte por el todo, y el primer término coloquialmente consume la figura misma en su conjunto, abarcando en su seno las repercusiones jurídicas que implica la hipótesis de partida. La simple lectura de los autores ofrece la mejor prueba de cuanto afirmo.

ciones ya realizadas *pro parte*, y que hay que recomponer en la medida de lo posible⁶. Luego aquí no se trata de los defectos externos que afecten a la utilidad del bien, sino a su configuración jurídica.

En todo caso, el debate sobre la verdadera naturaleza de la evicción como fenómeno jurídico ha mostrado amplios, pero no siempre clarificadores, perfiles. En su comienzo, se adujo en categóricos términos jurisprudenciales por la Sentencia de 5 de diciembre de 1925 que «la evicción (...) tiene su fundamento en el derecho natural en que si nada se transmitió al comprador, nada debe recibir del mismo, y si éste le ha pagado el precio de aquello de que resulta desposeído por decisión de autoridad legítima a la que sirva de fundamento un derecho anterior a la compra, debe ser indemnizado tanto del precio como de cuantos daños y menoscabos haya sufrido el patrimonio del comprador, por directa consecuencia de la privación del derecho que justamente había adquirido en el contrato». A partir de aquí el debate siguió líneas más técnicas. Los autores tendieron a establecer su base sobre la responsabilidad por incumplimiento, cuya sintonía, *grosso modo*, es evidente, si bien se diferencia en algunos elementos estructurales, entre los que destaca la culpa como criterio atributivo. Esto convierte ambos episodios jurídicos en incompatibles, aunque por lógica puedan devenir complementarios. El deber sancionatorio *ex evictione* presupone siempre la *traditio*, cuyo concurso evita incumplir sus precisas obligaciones típicas al vendedor⁷. Acaso podría tratarse de un cumplimiento defectuoso, en la medida en que se vea privado el adquirente del bien más tarde, por obra de un anterior derecho esgrimido por un tercero. Ahora bien, nuestro sistema jurídico-civil, recibido del Derecho romano, no garantiza la transmisión de la propiedad a través de la simple venta, por lo que si no se logra dicho resultado,

⁶ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal*, II, Madrid, 1865, p. 231; DE DIEGO, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Madrid, 1919, p. 416; SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 569; MANRESA, *op. cit.*, p. 183; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1982, p. 185; VALVERDE, *op. cit.*, p. 373; CABALLERO, *op. y loc. cit.*, p. 33; LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 57; FALCÓN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, Barcelona, 1893, p. 212; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil*, II-2, Madrid, 1991, p. 33; DE BUEN, *Derecho civil español común*, Madrid, 1922, p. 459; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 247; y BADENES, *op. cit.*, p. 598.

⁷ Cfr. CALONGE, *Evicción. Historia de su concepto y análisis de su concepto en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968, p. 65 —que aporta en su favor el testimonio de las fuentes: Digesto 21, 2, 62. Coincide BORRELL (cfr. *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, p. 116), quien, sin embargo, más tarde no se recata de hablar de «evicción por incumplimiento» (*ibidem*, p. 125).

Véase, asimismo, RUBIO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, p. 548; GAYOSO, *Sobre la citación de evicción*, en «Revista de Derecho Privado», 1917, p. 72; NAVARRO PÉREZ, *Ventas alzadas o en globo de totalidades de ciertos derechos, rentas o productos*, Jaén, 1996, p. 149; y GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

lejos del incumplimiento, hay evicción. En el caso de asumir la tesis de la evicción como una categoría específica de incumplimiento⁸, se trataría de una especie dentro del género, definida por su carácter objetivo, a la que puede añadirse un *plus* en el supuesto de mediar mala fe del *tradens*⁹. Creo incluso su mejor encaje como una suerte de apósito legal del cumplimiento defectuoso¹⁰. Además, las diferencias registradas entre las normas del Código civil contenidas en los artículos 1106 y siguientes y el 1124, con las previstas para la evicción son de gran relieve¹¹. Por ejemplo, la inexistencia de término en las segun-

⁸ JORDANO FRAGA sostiene —a mi juicio exageradamente, por basarse sobre autores italianos, cuyo Derecho contempla un sistema de transmisión de las facultades jurídico-reales ajeno al español— que «la responsabilidad por evicción es una responsabilidad por inactuación del efecto adquisitivo jurídico-real a favor del comprador», luego «es una concreta manifestación de la responsabilidad contractual, lo cual, presupone afirmar —como lo hace implícitamente el Código civil al consagrar la responsabilidad por evicción— que la obligación del vendedor no se limita a un simple traspaso posesorio de la cosa vendida, sino a la efectiva transmisión-adquisición de su propiedad» (*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988*, en «Anuario de Derecho Civil», 1989, p. 1362).

⁹ Cfr. SERRA, *Intervención del vendedor en el proceso de evicción*, en «Estudios de Derecho Procesal», Barcelona, 1969, p. 277; y SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, IV, Madrid, 1975, pp. 77 y 78.

¹⁰ Cfr. ENNECERUS-KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 83. RUBIO prefiere referirse a un incumplimiento parcial (cfr. *op. cit.*, pp. 489 y 490), aunque lejano de los elementos culpabilísticos propios de su específica doctrina (cfr. *ibidem*, p. 484). Por todo ello, concluye al fin admitiendo que obedece a un tipo responsabilidad contractual regulada especialmente por razones históricas (cfr. *ibidem*, p. 546).

¹¹ Cfr. BONET RAMÓN, *Notas a «La compraventa» de LUZZATTO*, Madrid, 1953, nt. 235, p. 224.

Sostiene GAYOSO, que las distancias entre los artículos 1124 y 1478 del Código civil resultan de calado (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 73). Mas BORRELL entiende que, siendo el régimen jurídico de la evicción distinto del incumplimiento, a veces se complementan (cfr. *op. cit.*, p. 125). En este sentido, RODRÍGUEZ MORATA permite que se plantee con carácter subsidiario al saneamiento la resolutoria si le fuera más favorable al comprador (cfr. *op. cit.*, p. 106).

La máxima expresión de dicho criterio conciliador viene representada por JORDANO FRAGA, para quien el contenido del artículo 1478 del Código civil acerca del saneamiento se identifica con lo conjuntamente dispuesto en los artículos 1124, párrafo 2 (pero con la salvedad de repetir el valor de la cosa en el momento de la evicción), 1107 (exceptuando lo relativo a la culpa) y 1303 y 451 y ss. (concernientes a la liquidación del estado posesorio). En realidad defiende que, con una u otra óptica, «no se llegaría a resultados sustancialmente diferentes» (*op. y loc. cit.*, p. 1363). Creo que la mejor prueba de su error está en el propio argumento esgrimido, cuyo pausado examen muestra bien a las claras las incoherencias de requisitos y régimen observables entre ambos sistemas, lo cual no empece a que, como ya se ha dicho, pueda existir a la larga un amplio margen de paralelismo por la naturaleza de las medidas indemnizatorias. Como ESPÍN defiende, «reconducir el supuesto de la evicción a las reglas generales del incumplimiento contractual ofrece el atractivo, ciertamente, de toda generalización y de una lógica rigurosa; pero el mantenimiento de las viejas reglas de la evicción permite una mejor regulación del caso» (*Fundamento...*, p. 3). En consecuencia, BERCOVITZ estima que la vía del saneamiento resulta especial frente a la resolución y por eso prioritaria (cfr. *Artículos 1156 y ss.*, en «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», dirigidos por ALBALADEJO, XIX, EDESA, Madrid, 1980, pp. 265 y ss.).

El carácter típico de la indemnización debida por esta causa, y su concreto contenido, ha llevado a proponer su analogía con la responsabilidad contractual. Sin omitir las razones ya expuestas, que avalan el paralelismo, creo que se impone la distinción. En palabras de Díez PICAZO, «se trata de una responsabilidad por daños, pero de naturaleza o de

das —máxime cuando la práctica enseña que suelen producirse a lo largo de plazos extensos¹²— haría muy gravosa la posible aplicación de las reglas generales para el transmitente responsable¹³. Se procura, en suma, con las reglas del saneamiento indemnizar al despojado, pero sin un desmedido costo para el vendedor, salvo en la hipótesis de su comprobada mala fe¹⁴. Igualmente, cabría sostener que algunos

carácter objetivo, aunque típica en cuanto a las posibles causas» (*op. y loc. cit.*, p. 254), sin que intervenga la culpa del transmitente, pues el comprador no ha de sufrir las consecuencias del despojo, aun operando el *tradens* extramuros de la negligencia, porque su deber que garantiza la posesión legal y pacífica es abstracto (cfr. RUBIO, *op. cit.*, p. 601). Con todo, es cierto que los sistemas reparadores por vía contractual y eviccionaria se aproximan mucho, aunque resulta este último mejor articulado en distintas partidas. En efecto, para el primero «la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor» (art. 1106 CC) —es decir, el monto de la privación se cifra en el *damnum emergens* y en el *lucrum cessans* con carácter genérico—; y, con arreglo al artículo 1124, párrafo 2, del mismo Cuerpo legal abarca también «el resarcimiento de daños y abono de intereses». Asimismo, considero que se observa un cierto grado de cercanía con el artículo 1107, a cuyo tenor «los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación». Ahora bien, dicha coincidencia viene dictada por la naturaleza de las cosas —el alcance indemnizatorio de ambas restituciones—, y no implica ninguna idea definitiva sobre la entidad jurídica de los distintos fenómenos que la causan, según he tenido la ocasión de sostener.

¹² Acerca del plazo para el saneamiento, y al margen de algunas especialidades del Derecho foral de Navarra en este punto, es de tener en cuenta que, no habiéndose previsto período legal alguno, rigen los 15 años generales (cfr. art. 1964 CC). Mas, el presupuesto eviccionario, tratándose de acciones reales y de condena, cabe iniciarse a lo largo de tan extensas etapas como los 30 años. Luego, si «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse» (art. 1969 CC), a los 15 se añaden otros 30 previos, pues en el supuesto común «las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años» (cfr. art. 1963, pfo. 1 CC) sin excluir otras más breves con arreglo a la hipótesis eviccionaria contemplada [sería el caso de la acción hipotecaria de veinte años (cfr. art. 1964 CC)]; y sin desdeñar que la *commun dividendo* resulta imprescriptible (cfr. art. 1965 CC). Ello repercute muy negativamente sobre aspectos fundamentales de la defensa del vendedor traído a pleito por el accipiens privado de la cosa. En síntesis, disminuye muchas veces la efectividad de la llamada en garantía.

El hecho contrasta profundamente con otras legislaciones, que, con mayor fortuna, restringen a los 4 años (cfr. art. 1856 CC de Chile) o el anual (cfr. art. 1500.5 CC del Perú), lo que teniendo en cuenta el largísimo término prescriptivo de las acciones reales resulta más justificado.

¹³ ESPÍN añade a las distinciones, con dudoso acierto, que la resolución del artículo 1124 del Código civil exige un trámite judicial donde se compruebe que se ha incumplido, lo que no sucede con el saneamiento (cfr. *Fundamentos...*, p. 15). A mi juicio, esto resulta sólo a medias verdadero, por cuanto el proceso previo de la evicción está dirigido precisamente a dicho fin, y en su virtud debe ser notificado el vendedor para defenderse.

¹⁴ Como apunta PUIG PEÑA, la limitación de la responsabilidad derivada del saneamiento eviccionario en el caso de buena fe del vendedor es relativa, porque no se identifica ésta con ausencia de culpa, y, a fin de cuentas, es el comprador quien pierde la cosa y debe ser resarcido (cfr. *Tratado de Derecho civil español*, IV.2.º, Madrid, 1946, p. 123). Ahora bien, tampoco es menos cierto que si la culpa no existe por caso fortuito, acto del príncipe, fuerza mayor o negligencia de la víctima —como en el supuesto de no alegar *la usucapio*— el transmitente no responde [cfr. DURÁN RIVACOBIA, *Evicción y saneamiento...*, Parte tercera, III.2.a)2].

supuestos descartados para el juego del artículo 1124 del Código civil, operan sin embargo con carácter típico en el saneamiento por evicción, como sería el caso del contrato de sociedad¹⁵.

En esta misma idea, la Sentencia de 4 de marzo de 1996 asegura que «en la demanda no se ha ejercitado la acción de saneamiento por evicción sino la resolutoria del artículo 1124, de naturaleza y efectos diferentes (art. 1478 CC)»¹⁶; y, más claramente, afirma la Sentencia de 12 de julio de 1994 que «la acción ejercitada fue la de saneamiento por evicción; que con fundamento en ella se pide la indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1478, esto es, la debida a comprador, y que ese precepto nada tiene que ver con la indemnización derivada de las normas generales de los contratos (art. 1101), ni con la específica por incumplimiento de los contratos bilaterales (art. 1124 del Código Civil)». La Sentencia de 4 de julio de 1962 reafirma la distinción del «supuesto que contempla el art. 1468 del Código civil, relativo al saneamiento por evicción¹⁷» con las normas de lucro cesante y daño emergente propias de incumplimiento contractual. Por último, la Sentencia de 7 de junio de 1995 distingue los regímenes marcados por los artículos 1124 y 1478 del Código civil en virtud del principio jurídico de la especialidad: «hemos de aclarar que, aunque la evicción constituye un efecto natural del contrato (art. 1475, párrafo segundo: «el vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato»), contempla un supuesto especial (ver sus consecuencias en el artículo 1478) y por ello, por su singularidad, no se remite a las normas generales de aquéllos, de manera que, bajo el presunto amparo del *iura novit curia* se pretende realmente una *mutatio libelli* con la confusión de ambos planos¹⁸.

¹⁵ La Sentencia de 1 de octubre de 1986 excluye del marco de la condición resolutoria tácita el contrato de sociedad, porque su disciplina trata el problema desde la perspectiva de separar al socio que incumpla. Compárese, por el contrario, el régimen de la evicción en la materia.

¹⁶ Inopinadamente considera SALINAS que con el saneamiento se insta la resolución [cfr. *Saneamiento por evicción, doble venta y venta de cosa ajena*, en «El contrato de compraventa» (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1993, p. 467], criterio que adopta de RODRÍGUEZ MORATA, para quien el artículo 1478.1 del Código civil implica resolver, pero con especialidades, en la medida que debe restituirse, no las debidas contraprestaciones que cada parte intercambiaron, sino el valor de la cosa (cfr. *op. cit.*, pp. 218 y ss.). Todo ello, según opino, constituye un buen indicio que hace tambalear la construcción teórica emprendida.

¹⁷ Como puede observarse, se cambia por el artículo 1468, el 1478 que debería correctamente citar. Además, en el encabezado de la propia Sentencia se alude con nuevo error al artículo 478 y no al 1478, todos ellos del Código civil.

¹⁸ Con todo, la jurisprudencia no es uniforme y no queda libre de algunas incertidumbres. Un caso de mezcla sorprendente —y, a mi juicio, perturbador— se ofrece por la Sentencia de 5 de diciembre de 1985, que acepta la evicción «también, porque la sentencia recurrida apoya su pronunciamiento estimatorio de la pretensión actora en la normativa general de las obligaciones y contratos, con cita expresa del artículo 1124 del Código civil;

Otro sector de la dogmática entiende que más se ajusta el saneamiento por evicción a la doctrina del riesgo. En su virtud, la responsabilidad resulta objetiva, y el hecho que se previene sería la compraventa de un bien ajeno. Por último, el saneamiento por igual se diferencia de otros posibles remedios buscados en el Derecho para reponer diversas eventualidades que comporten lesión para los contratantes. En último extremo, constituye una de sus hipótesis, pero específica, de suerte que cabe distinguirla sin dificultad por sus característicos requisitos y repercusiones, aparte del incumplimiento ya visto (cfr. art. 1124 CC)¹⁹, también de la anulabilidad (cfr. art. 1304 CC), del defecto de cabida o calidad de inmuebles (cfr. arts. 1469 a 1471 CC)²⁰, de la doble venta (cfr. art. 1473 CC)²¹, o la culpa extracontractual (cfr. arts. 1902 y ss. CC)²². A veces con mezcla de fondo y forma, los autores casi en bloque plantean las relaciones entre la evicción y la garantía. Bien sea un problema terminológico, acaso histó-

lo que supone imputar al demandado el incumplimiento de su obligación de entrega en el particular relativo a las características sustanciales del objeto del contrato, y consiguientemente la facultad del comprador de exigir la correspondiente indemnización de daños y perjuicios consecuencia de tal defectuoso cumplimiento. Sobre dichos presupuestos, se define como una manera impropia de cumplir la entrega de un bien lastrado en el título, al que ubica en la órbita de las características sustanciales del objeto del contrato, cuyo mapa jurídico permite a un tercero recuperarlo de manos de adquirente. Resulta notorio que la obligación contractual abarca «no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1258, *in fine*, CC); es decir, la entrega presume un bien apto para satisfacer el fin contractual que se considera, y, en el caso de la compraventa, las conclusiones que se infieren en este punto parecen diáfanas tratándose de la evicción. Sin embargo, asumiendo el hecho, no es menos cierto que las reglas acerca del fenómeno se describen con naturaleza específica en el marco del Código civil, cuya disciplina parece incompatible, por redundante, con las reglas de incumplimiento, máxime cuando el esquema jurídico en que se basan difiere de modo sustantivo. La evicción tiende a resarcir el daño de manera objetiva y el incumplimiento desde la óptica de la culpa. Tampoco cabe negar que ambos supuestos comparten algunos puntos de semejanza en el caso de mala fe del vendedor —cfr. arts. 1478.5 y 1107, de un lado; y arts. 1476 y 1102, de otro; todos ellos del Código civil—, pero es una coincidencia específica en el separable conjunto de los sistemas descritos.

En cuanto a la compatibilidad de las normas relativas al incumplimiento de las obligaciones *ex contractu* y el deber saneador por vicios ocultos, destaca la doctrina expresada en la Sentencia de 6 de mayo de 1911. A su criterio, entre ambas facetas «no existe oposición alguna, porque la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida por defectos ocultos y el derecho del comprador de optar en tal caso entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio, son perfectamente compatibles con el derecho del último a ser indemnizado cuando a consecuencia de esos defectos se le causen daños y perjuicios».

¹⁹ Cfr. MORENO MOCHOLI, *¿Es esencial a la compraventa la obligación de transmitir el dominio?*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1945, p. 389; y COCA, *Evicción*, en «Enciclopedia Jurídica Básica» (Civitas), II, Madrid, p. 2954.

²⁰ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 262.

²¹ Cfr. MORALES, *Comentario al artículo 1474 del Código Civil*, en «Comentario del Código Civil» (Ministerio de Justicia), II, Madrid, 1991, p. 934.

²² Cfr. RUBIO, *op. cit.*, p. 492.

MORALES comparte la idea, pero no niega que pueda la evicción en el fondo incluirse dentro de los amplios linderos del artículo 1902 del Código civil (cfr. *op. cit.*, p. 934, nt. 37).

rico²³, e incluso metafísico, se suele afirmar que la evicción es una garantía²⁴, quizás concediendo excesivo relieve al Derecho comparado en este punto, que así lo define. A su vez justificaría semejante argumento que la evicción se funda en la salvaguarda de los derechos del comprador al objeto transferido, cuya permanencia en su órbita de poder se ve interrumpida por obra de la justa incursión jurídica de un extraño, y esto se concilia con la garantía de su *status* en cuanto adquirente. Ahora bien, debe reconocerse que incurre la idea en los mismos defectos vulgarizantes de las anteriores. El saneamiento por evicción es una responsabilidad específica que se introduce como fórmula para resarcir a quien se ve despojado en determinadas condiciones precisas del objeto transferido y que atañe al infractor del específico deber jurídico de conservación en la tenencia legal y pacífica del bien en manos del adquirente. Su carácter es prioritariamente objetivo y se define con arreglo a diversas partidas típicas en el artículo 1478 del Código civil²⁵. Incluso su régimen dispositivo tiene

²³ Con arreglo al Proyecto de Código civil de 1836, el «saneamiento es la garantía o seguridad que da el vendedor de responder siempre de la cosa vendida» (art. 1071 y cfr. RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 98).

²⁴ La cita completa de los autores se haría muy premiosa, pues todos prácticamente lo tratan así, desde los clásicos (cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 301) hasta los actuales, generalistas (cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, p. 239; RAFELS, *Régimen jurídico y fiscal de la compraventa*, Barcelona, 1955, p. 36) o especialistas (OSSORIO MORALES, *Sobre una interpretación del artículo 1483 del Código civil*, en «Revista de Derecho Privado», 1929, p. 150), incluso tomando pie de la dogmática extranjera (cfr. RICCA-BARBERIS, *La evicción por hecho personal o propio de quien ha donado o vendido*, traducido por BELTRÁN DE HEREDIA, P., en «Revista de Derecho Privado», 1957, p. 486) y sin olvidar la doctrina procesalista (cfr. PRIETO-CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil: proceso declarativo. Proceso de ejecución*, Pamplona, 1985, p. 404; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966, p. 131; DÁVILA, *Litisconsorcio necesario: concepto y tratamiento procesal*, Barcelona, 1975, p. 39; y GÓMEZ DE LIANO Y OTROS, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, Oviedo, 2000, p. 86).

Un buen ejemplo se ofrece por ESPÍN, que incluye dentro de sus títulos el término garantía como definitorio de la evicción: cfr. *Fundamento de la garantía del vendedor en caso de evicción*, y *La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta*; o el trabajo antiguo de FÁBREGAS DEL PILAR, *La acción de garantía en el Derecho español*, todos ellos ya citados anteriormente. Sin embargo, LORETO defiende la garantía con alcance técnico, pues el saneamiento salvaguarda la indemnización por la pérdida del bien, para lo que trae los antecedentes históricos españoles (cfr. *La cita de saneamiento y de garantía*, en «Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei», II, Padova, 1958, pp. 330, 333 y 335).

²⁵ «Cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor:

- 1.º La restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta.
- 2.º Los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vendido en juicio.
- 3.º Las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, la del seguido con el vendedor para el saneamiento.
- 4.º Los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador.
- 5.º Los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe».

peculiaridades resaltadas por los estudiosos, en la medida en que diseñaba una renuncia que de suyo es contemplada con evidente sospecha («será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte»: art. 1476 CC), con dos variedades: una simple con restricciones («cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción»: art. 1477, *in initio*, CC); y otra libre y cualificada («a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias»: art. 1477, *in fine*, CC).

En su naturaleza más genuina, el saneamiento eviccionario guarda íntima correspondencia con el modelo que instaura el Derecho español para transmitir los derechos reales. Esta estrecha relación es a la vez originaria y funcional, de suerte que sin el necesario enlace de *causa iuris* y *traditio* no habría posible pérdida del objeto, decaído el título del transmitente, y carece de sentido el deber, anejo a la entrega, del mantenimiento en la posesión legal y pacífica del bien, porque, si con el negocio de partida se hubiera transmitido *in actu* la cosa, su adquisición deviene inatacable; y más aún cuando la simple puesta en poder del adquirente consolida su dominio²⁶. De ahí que cada ordenamiento siga un régimen tan variado sobre la evicción, porque sus mecanismos de adquirir los derechos reales difieren mucho. En nuestra hipótesis, el Código civil sigue a grandes rasgos la llamada teoría del título y modo, pero corregida con algunos apéndices (unos más bien propios de Derecho quirritario, que confería la propiedad exclusivamente por medio de la *usucapio*; y otros que aceptan la mera entrega o el simple título, según el caso). Por tanto, existen dos responsabilidades conexas en el vendedor: la primera deriva de su obligación primordial, como es la *traditio*, con lo que si concurre título suficiente garantiza la soberanía del *accipiens*; y, cuando así no sucede, la salvaguarda de la posesión legal y pacífica del bien aquietta en sus expectativas al comprador. Este deber del *tradens* abarca un extenso período de tiempo, y se proyecta mientras un tercero pueda exigir con éxito la cosa gracias a su título prioritario, lo que sólo podría

²⁶ Advierten los autores que si la compraventa no confiere la propiedad de su objeto, sino que tiene un mero alcance obligacional, el auxilio de la evicción se hace casi necesario. Por eso, mecanismo de transmitir (mediante título y modo) y saneamiento eviccionario forjan un tándem indisoluble (cfr. NÚÑEZ LAGOS, *Evicción de cargas*, «Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico De Castro», II, Madrid, 1976, p. 360; y O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 33). En esta línea, expone ALBALADEJO (cfr. *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en «Estudios de Derecho civil», Barcelona, 1955, p. 215), que, aun cuando no transmita el dominio la compraventa, se mantiene la posesión legal y pacífica del adquirente mientras no haya evicción y viceversa.

impedirse mediante la prescripción extintiva de su derecho a reclamar o adquisitiva por el poseedor. Todo ello implica que la obligación del transfiriente parezca de tracto sucesivo, cuando no es así. Su prestación es única y momentánea —el traspaso—, pero la responsabilidad aneja incluye también el mantenimiento de las condiciones jurídicas objetivas que aseguren adquirir el dominio por el comprador. Por tal motivo, asume como si fueran propios, haciendo frente a ellos, los ataques jurídicos de un tercero contra el derecho del adquirente, y ha de indemnizarle si aquél sale victorioso. Así se comprende mejor que la evicción no cuadre de suyo con el sinalagma, ni obedezca de suyo a las normas del incumplimiento en las obligaciones bilaterales, pues a ninguna específica contraprestación, salvo la genérica que define la esencia del contrato, en cuanto traslativo de dominio, se adapta. Tampoco deriva estrictamente de la *actio ex emptio*, cuyo fin se agota con la entrega, una vez se superponga, siquiera sea en el plano externo, con el título; y hasta resulta extraña respecto a la resolución contractual, pues la vuelta de las cosas a su estado primitivo sería pura utopía en la mayoría de los supuestos imaginables, tras un amplio período transcurrido entretanto concurre la sentencia firme que provoca la privación. Igualmente, con tales premisas, la relativa independencia de la culpa cobra nitidez. El saneamiento, más que una responsabilidad anidada en una obligación *ex contractu*, proviene del modo de adquirir los derechos reales y la seguridad en el tráfico jurídico, que la impone. Luego, no extraña que agrave la conducta consciente del vendedor, si bien su incuria no intervenga de inicio como elemento de imputabilidad.

El conjunto de la panorámica descrita rige para la prioritaria de las alternativas —título y modo— contempladas en el Código civil como sistema de adquisición de los derechos reales. Las otras especialidades instauradas destruyen su misma razón de ser, porque carece de lógica exigir que se mantenga en la tenencia legal y pacífica del objeto en los casos para los cuales equivalga título y posesión adquirida de buena fe (cfr. art. 464 CC); y, menos todavía, cuando se protege al adquirente de buena fe y a causa onerosa que, fiado del Registro de la Propiedad, inscribe su derecho (cfr. art. 34 LH). En suma, si, a tenor del artículo 85 del Código de Comercio, «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador», qué provecho puede tener responsabilizarse de la posesión legal y pacífica del bien ya usucapido *ex lege*. Interesa mucho advertir, entonces, que la evicción pierde toda su efectividad en los señalados supuestos; para cuyo ámbito el artículo 1474.1 del Código civil se vacía de contenido, y, con él, las disposiciones relativas al saneamiento por la pérdida del objeto a manos de

un tercero por causa previa y reconocida en sentencia firme, que deviene simplemente imposible. Con todo, existe la salvedad que ofrece la llamada evicción invertida.

En efecto, esta fórmula invertida resulta la única capaz de vencer los obstáculos que ofrece a la vigencia del saneamiento eviccionario la protección de los terceros de buena fe, que ha ido imponiéndose como paradigma característico en los actuales parámetros de los modernos Derechos civiles. El adjetivo que califica la presente hipótesis, de tanta significación en otras figuras jurídicas del estilo de las accesiones, ahora designa el suceso surgido cuando el adquirente, temiendo por su titularidad, emprende las acciones de defensa contra el ejercicio posesorio por quien, a la postre, resulta vencedor²⁷. El dato a considerar en la presente coyuntura es que quien insta la demanda no es el tercero, sino el comprador, pero en el curso del juicio aflora la evicción, al verse privado del bien adquirido, en virtud de sentencia firme y gracias a un derecho previo al negocio, que ampara la conducta de quien reconviene. Tales presupuestos ayudan a comprender de adecuada manera el alcance invertido que se concibe para esta categoría eviccionista: mientras en la común el tercero emprende las oportunas acciones para el reconocimiento de su derecho, con la intervención del vendedor solicitada por el adquirente gracias a la llamada en garantía, la cual, una vez exista sentencia firme, abre las puertas al ejercicio del saneamiento; ahora, el adquirente interpone la demanda contra las agresiones que recibe de un extraño. La presencia del *tradens* puede realizarse incluyéndole asimismo como demandado, e incluso cabe acumular a la pretensión el futuro saneamiento en el caso de ser vencido. Hay, por tanto, despojo de la cosa con arreglo a un derecho previo al contrato, en sentencia firme y también cita rogada del vendedor; es decir, concilia todos los elementos establecidos para el saneamiento. Aun cuando la evicción invertida ya fue objeto en el pasado de tratamiento judicial —por cuanto la Sentencia de 1 de febrero de 1870 reconocía que «ya sea el poseedor de la cosa litigiosa demandante o demandado, siempre es eficaz su derecho para que el vendedor le evicione y sanee la cosa vendida, y sobre la cual se le

²⁷ Algunos autores aluden a la cuestión, pero sin definirla de tal forma (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, *op. cit.*, p. 493). No se trata de un fenómeno emergente o desconocido. En su perspectiva histórica, proviene de Roma (POMPONIO lo recogía como evicción en sentido contrario). Sin embargo, la terminología sí resulta equívoca, en la medida en que se utiliza en otros ordenamientos con un sentido muy diverso al nuestro, porque indica la pérdida que sufre un comprador, cuando readquiere la cosa después por distinto título, manteniendo incólume su derecho a ser indemnizado, según la clásica noción defendida por RUBINO (cfr. *La compravendita*, en «Tratato di Diritto Civile e Commerciale» de CICU-MESSINEO, XXIII, Milano, 1971), que aquí sería un episodio del incumplimiento, pero no de la evicción.

mueve pleito, o se eleva alguna mala voz»²⁸—, su trascendencia moderna se ha venido acentuando²⁹. La hipótesis eviccionista típica parte del dominio efectivo de la cosa por el comprador y la interposición por un tercero de acciones para recuperarla, después procede convocar a la *litis* al transmitente³⁰, y, tras la pérdida de la cosa por sentencia firme, acudir por último al saneamiento. Luego hay dos pleitos: el relativo a la evicción y el de su responsabilidad, en su caso³¹; con múltiples incidencias características (cita del vendedor, suspensión de los plazos si se persona, consumir las posibles instancias para la firmeza de la sentencia, etc.). Esto implica, en términos reales, un larguísimo proceso, con un sinnúmero de inconvenientes e incertidumbres. Muy al contrario se sitúa el panorama descrito en la evicción invertida, en la que se supera la dualidad de litigios posibles acumulando acciones, aun cuando enfrente algunos problemas procesales que superan el marco de las presentes páginas, como sería el relativo a la forma en que se haga efectiva la notificación al vendedor, que le convierta en partícipe del pleito, para poderle posteriormente reclamar lo debido por saneamiento, una vez la pérdida se acuerde según sentencia firme³². La Sentencia de 7 de junio de 1995 lo resuelve a su manera; «la posición doctrinal, conocida por la Sala, sobre la «evicción invertida», en la que demanda el comprador, y en la que debe exigirse al mismo que requiera al vendedor, antes de interponer la demanda, para que la defienda o le suministre los medios de defensa, lo que viene a sustituir a la notificación de la demanda en el caso de que el comprador sea el demandado; pero lo que sí es anómalo es que el comprador acumule las acciones como aquí lo ha hecho, es decir, reivindicando y eviccionando con carácter eventual, supuesto no con-

²⁸ La Sentencia de 19 de octubre de 1877 reafirma el argumento cuando sostiene que la evicción es posible, bien sea el comprador demandante, al sufrir despojo, bien demandado por la cosa (en el supuesto de autos, se trataba de un ingenio de fabricación de azúcar y ciento treinta siervos a su servicio). Sin embargo, no está exenta de algunos óbices, que condujeron en la Sentencia de 20 de febrero de 1904 a su rechazo, aunque la Sentencia de 27 de abril de 1906 reposó la figura.

Cfr. OYUELOS, *Digesto*, VI, Madrid, 1930, p. 241.

²⁹ Sin embargo, lo considera MUÑOZ SABATÉ un «fenómeno muy poco conocido y tratado por la doctrina y la jurisprudencia» (cfr. *La evicción invertida*, en «La Ley», 23 de enero de 1998, p. 1).

³⁰ En palabras de SERRA, la notificación al vendedor puede derivar hacia una demanda contra él por evicción, originando el llamado en Italia pleito triangular (cfr. *op. y loc. cit.*, pp. 258 y ss., donde analiza la llamada en garantía en el Derecho italiano, para seguir a continuación con el ordenamiento alemán y francés).

³¹ Entiende ROYO que cabría su aruncio previo, para impedir la indefensión del transmitente (cfr. *Requisitos procesales para que se genere la obligación de saneamiento por evicción*, en «<http://www.intercom.es/webjur/iberlaw/arti.htm>»).

³² Cfr. RÍOS, *Un caso de saneamiento*, en «Revista de los Tribunales», 1914, pp. 250 y 251.

templado ni en la Sentencia de 27 de abril de 1906, ni en la de 16 de noviembre de 1909, que ratificó su doctrina, pues ambas, aunque mantengan que se puede resolver sobre la evicción si fue discutida, se producen en supuesto normal de demanda de tercero contra el comprador y aquí, al demandar al presunto eviccionario se le impide que se defienda, pues no puede pedir la condena de un codemandado, al ocupar su misma posición procesal (...) nueva falta de lealtad procesal que, ciertamente, no le ha resultado bien a la actora-compradora y hoy recurrente en casación».

Hechas estas aclaraciones terminológicas y de concepto, interesa volver al inicio del presente trabajo, definido por la especialidades que la intervención de los entes públicos provocan en el conjunto del instituto saneatorio. La entidad de su protagonismo es de tanto relieve que la trayectoria histórica de la disciplina eviccionaria contempló en sus comienzos cómo los actos investidos de *imperium* quedaban al margen de cualquier medida jurídica en favor del despojado; una suerte de dispensa del saneamiento. Semejante panorama pronto acabaría y entonces aparecieron en su desarrollo nuevos hitos en correspondencia con la intervención administrativa en el fenómeno, que significaron un avance para la mejor garantía de los protagonistas. La jurisprudencia equiparó los efectos de la sentencia firme que causa la pérdida de la cosa con los de los actos administrativos de condiciones equivalentes a dichos fallos judiciales. El hecho no deja de sorprender y supone un auténtico respaldo a la defensa que presta el saneamiento *ex evicción*.

Si los actos administrativos pueden establecer la pérdida de la cosa por el adquirente cuando incorpore un derecho anterior a la compra, se suscita el problema del protagonismo activo de los entes públicos en la estricta evicción. Ello no significa que deban saneamiento alguno, sino que será el transmitente quien ha de asumir su responsabilidad. Ahora bien, la más propicia de cuantas hipótesis cabe imaginar es la expropiatoria, cuyo estudio emprendo tras el de los actos proclives de producir el despojo eviccionario. Las dificultades que presenta el supuesto resultan fundamentalmente del carácter previo del derecho alegado para que la pérdida produzca saneamiento *ex evicción* y el verdadero ámbito indemnizatorio que compete reclamar al adquirente víctima. Luego, en este capítulo, la intervención administrativa produce sus efectos sobre los particulares relacionados a través de la frustrada transmisión del objeto.

La otra perspectiva del asunto viene representada por la posible privación eviccionaria que pueda sufrir un organismo público a manos de tercero con anteriores facultades sobre la cosa. En este caso, el ente administrativo que sufre la pérdida tendría derecho a resarcirse por

saneamiento de su transmitente. Junto a ello, consta su antítesis: si puede un órgano administrativo responder por evicción cuando el adquirente del bien es vencido en juicio por un tercero. Ante la evidente respuesta positiva, surgen algunas dificultades de procedimiento que oscurecen las primeras conclusiones obtenidas, pues las cargas procesales que necesariamente acompañan a la conducta de quien sufre demanda de mejor derecho anterior a la cosa por un tercero mientras desee acudir al futuro saneamiento chocan de forma irremediable con la prerrogativa de la vía previa de carácter administrativo.

Todo ello conforma un atractivo sistema de soluciones jurídicas que combinan normas de Derecho público con el privado. En su examen seguiré la misma secuencia descrita, comenzando por la posible aplicación de las normas eviccionarias cuando intervienen organismos administrativos en la pérdida sufrida por el adquirente. Ahora bien, primero debería discutirse acerca de la evicción, para cuestionarse luego el saneamiento. Ello significa que las condiciones del acto jurídico que provoca el efectivo despojo se anteponen.

2. LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN Y LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ANÁLOGOS

2.1. Sentencias, laudos y actos administrativos

Uno de los más básicos elementos que caracterizan la privación eviccionaria es que se materialice a través de sentencia judicial. Así se deslindan dos posibles ámbitos de relieve —las pérdidas originadas en procesos contenciosos y aquellas que provengan de perturbaciones fácticas—, otorgando eficacia sólo a las primeras, pues garantizan la seguridad y permanencia del nuevo estatuto jurídico acerca del dominio de la cosa. Con tales presupuestos, opera el Derecho sobre bases consistentes para establecer el conjunto de medidas resarcitorias de la víctima. La sentencia judicial que decreta la pérdida del bien, sometido a la soberanía de persona distinta, siempre se ha caracterizado como requisito configurador de la evicción en el transcurso de su devenir histórico. Sin embargo, en sus actuales términos, a ese fallo se le añade la sobregarantía de su firmeza³³; y, por otra parte, queda más abierto con la posible admisión de decisiones administrativas y laudos arbitrales también de carácter firme.

³³ Incluso en ordenamientos que no exigen más que sentencia judicial, la doctrina exige —de manera tan uniforme como, a mi juicio, discutible— su firmeza. Así sucede con el Código civil chileno (cfr. art. 1838).

La constante de la fórmula, en cualquier caso, contempla el mínimo de la resolución externa del conflicto. Con ello se objetiva el criterio del legislador, en el sentido de atribuir a un dictamen ajeno la trascendencia eviccionaria, porque puede traer consigo un despojo de la cosa de categoría bastante con vistas a producir la responsabilidad de quien transmitió. Incluso los laudos arbitrales quedaron al margen en la trayectoria pasada, siendo una de las más llamativas excepciones antiguas al saneamiento por evicción³⁴, aunque debe reconocerse que, por entonces, hasta la sentencia debía ser justa, porque, de lo contrario, la obligación saneatoria se asumía por el juez, exculpando al vendedor³⁵. Ambas salvedades han perdido sus razones justificativas en el actual panorama del ordenamiento español.

En síntesis, ahora también concurren otros eventos de carácter jurídico que motivan la pérdida del bien por su *accipiens*, bien sean aquellos aptos para dirimir institucionalmente disputas al margen de instancias judiciales (los laudos arbitrales), o en que intervengan los poderes públi-

³⁴ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 233; VISO, *op. cit.*, p. 224; y FALCÓN, *op. cit.*, p. 216. La glosa de GÓMEZ a las Partidas justifica este asunto, pues «la fe del juez ordinario está aprobada de público por el príncipe ó por el pueblo, y á él se recurre por necesidad; lo cual no sucede con otro privado, al cual se recurre por voluntad de las partes», tomando pie de las fuentes romanas (cita de PAULO contenida en el Digesto 21, 2, 56). Según creo, en los actuales términos jurídicos del arbitraje, tales prejuicios deben olvidarse, siempre y cuando, naturalmente, se ofrezca la necesaria intervención del vendedor para defender el negocio que protagonizó en su día. Un buen indicio de la mentalidad jurídica que provocó el hecho de preterir el juicio de árbitros como fundante de una evicción que diera lugar al debido saneamiento, es la formulada por NAVARRO AMANDI. El autor, con asombrosa exageración, asimila el supuesto a prorrogar el comprador el pleito ante juez incompetente (cfr. *Código civil de España*, II, Madrid, 1880, p. 229), por lo que resulta cómplice de una circunstancia obstativa, perdiendo todo derecho que tuviese a ser resarcido por esta causa. Con las vigentes pautas jurídicas del asunto, y garantizada la intervención del vendedor en los términos de defensa necesarios, los obstáculos se desvanecen. Que resulta posible asimilar a la sentencia firme un sistema de arbitraje constituye un hecho tan evidente, como que con arreglo al artículo 37 de la Ley de Arbitraje de 2003 —en la línea de los antiguos artículos 37, *in fine*, y 53 de la vieja Ley de 1988 (cfr. Sentencia de 4 de junio de 1991)— «el laudo firme produce efectos de cosa juzgada».

Cree SERRA que la excepción procede todavía si el vendedor no acepta la competencia del árbitro (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 256), como sucede con algunos Derechos latinoamericanos (cfr. arts. 1500.2 CC peruano y 1846.1 CC chileno). En este sentido, aceptó la doctrina que si el *tradens* aceptaba, incluso tácitamente, la intervención de los árbitros, la dispensa decata (cfr. MARICHALAR, *op. cit.*, p. 278), siquiera por el recurso a los actos propios, gracias a su sometimiento a un juicio tenido por excepcional.

³⁵ Cfr. SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, II, Madrid, 1958, p. 521; y PALOMAR, *op. y loc. cit.*, p. 167, con referencia sobre la glosa de LÓPEZ a las Partidas, cuya procedencia es de ULPIANO, recogida en Digesto 21, 2, 51. Algunos autores, como MORATÓ, señalaban los deberes en que incurría el juez errado, incluso por saneamiento, exonerando al vendedor (Cfr. *El Derecho civil español*, II, Valladolid, 1877, p. 415). Otros entendieron que la mala fe o la ignorancia debían acompañar a los fallos injustos emitidos al respecto (Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *op. cit.*, p. 233). La moderna dogmática ya no contempla los requisitos de sentencia justa y dictada por juez competente para la presencia del saneamiento (cfr. MUCIUS SCÆVOLLA, *op. cit.*, p. 163). Luego el vendedor puede reclamar *a posteriori* si eso concurre, pero responde por evicción. Es decir, se invierten los términos históricos en la materia.

cos, como las decisiones administrativas firmes que priven de la cosa, pues ambos comportan episodios eviccionarios. *Prima facie*, destaco que constituyen actividades de carácter jurídico. Hubiera podido el Derecho servirse de otras causas del despojo y tenerlas presentes en la evicción —así la simple injerencia fáctica—, pero se considera que nuestro sistema responde mejor a este presupuesto, verdadera base de partida en la evolución histórica del instituto. Por tanto, se aminoran, sin duda, las posibles cargas del *tradens*, mas, en contrapartida, el comprador ha de soportar el peso de las inquietudes que reciba sobre la cosa, entretanto una decisión de tales características no fije las posiciones jurídicas de los intervinientes. Luego, en palabras de la Sentencia de 29 de diciembre de 1997, «siendo la evicción la privación de la cosa comprada que padece el comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra (art. 1475 del Código civil) uno de los requisitos es, según lo dicho, la privación en virtud de sentencia firme (art. 1480)».

Como digo, los estrechos márgenes establecidos en las disposiciones positivas acerca de la evicción y sus elementos caracterizadores fueron pronto ampliados. A las sentencias judiciales firmes se asimilaron —aparte de los laudos arbitrales de idéntico alcance, que cumplen en los actuales parámetros jurídicos la misma función— las decisiones gubernativas que pongan fin al procedimiento administrativo y que impliquen la pérdida de la cosa por el adquirente, a causa del derecho anterior reconocido en aquella instancia. El acuerdo en este punto es uniforme, tanto de la doctrina³⁶ como de la jurisprudencia³⁷ y se basa en el principio analógico que tales pronunciamientos observan entre sí³⁸. En palabras de MANRESA la sentencia firme no sólo es judicial, sino, en más amplios términos, también comprende la «decretada por la autoridad competente, en el procedimiento adecuado y en la forma de mandato que cumple a tales decisiones»³⁹, en lo que coincide con los actos a que aludo. Es decir, *sentencia* no recibe su concepto estricto propio del ámbito judicial; más bien adopta su primer significado lingüístico —«dictamen o parecer que uno tiene o sigue»⁴⁰, al margen de la instancia que lo declare (judicial, según su

³⁶ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 60; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, *op. cit.*, p. 493; LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones*, III, Madrid, 1990, p. 37; NAVARRO, *op. cit.*, p. 150; BORRELL, *op. cit.*, p. 126; SANTOS BRIZ, *op. cit.*, p. 74; TORRALBA, *op. y loc. cit.*, p. 937; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 27; CASTÁN, *op. cit.*, p. 123; GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 284; SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 517; y LASARTE, *op. cit.*, p. 203.

O'CALLAGHAN, sin embargo, se refiere sólo al proceso civil (cfr. *op. cit.*, p. 33).
³⁷ Cfr., además de la citadas en el cuerpo del texto, las Sentencias de 7 de junio de 1956; 27 de mayo de 1957; y 28 de junio y 5 de diciembre de 1966.

³⁸ Cfr. MUCIUS SCÆVOLLA, *op. cit.*, p. 133; y PALOMAR, *op. y loc. cit.*, p. 170.

³⁹ *Op. cit.*, p. 186.

⁴⁰ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, 1992.

acepción tercera). En línea semejante, BADENES sostiene que la pérdida eviccionaria se debe a sentencia judicial o administrativa⁴¹.

Esta semejanza estuvo presente desde su inicio en la moderna evolución jurídica del saneamiento eviccionario. Al comienzo, parece que se reducía en su efectividad a las resoluciones obtenidas por tribunales administrativos, en cuya esfera se hace más notoria la cercanía de ambos supuestos. Al menos así lo declaraba la Sentencia de 7 de junio de 1856, para un litigio decidido en virtud de la Ley de Contrabando, que permitía «equiparar la resolución de un Tribunal administrativo a la Sentencia de un Tribunal civil». Sin embargo, esa primera idea fue desbordada por la práctica, que terminó por admitir la equivalencia del procedimiento administrativo con el proceso judicial. El asunto se justifica por la *ratio* común en ambas hipótesis, en la medida en que se «ampara el derecho del comprador en orden a las dos jurisdicciones, por constituir la evicción una garantía inherente al contrato» (S. de 25 de noviembre de 1925).

Sin embargo, esta idea es un harto discutible, y más parece la excusa de una decisión tomada que su razonamiento. Este cauce argumental sirve justificarlo todo: que la sentencia no requiera firmeza, la posibilidad de incluir la pérdida posesoria, etc., extremos a los que, por fortuna no se ha llegado.

La Sentencia de 5 de diciembre de 1925 resulta más ilustrativa y exacta en este punto, fundando en sus analogías la paridad de trato: «el Código civil únicamente establece reglas de aplicación al saneamiento en caso de evicción si éste se origina en demanda promovida ante la autoridad judicial, y nada declara respecto a otros actos que representando el ejercicio de un derecho preexistente «a favor de la Agencia ejecutiva del pósito por los derechos de la herencia del transmitente» al contrato de compraventa, puedan interrumpir o anular la posesión pacífica del comprador sobre la cosa comprada, como pueden serlo en el estado actual de nuestra legislación las reclamaciones de acuerdos que tiene facultad para dictar las Autoridades administrativas sobre los bienes y derechos que sean objeto de responsabilidades que hacer efectivas en favor de la Hacienda o entidades asimiladas; pero existiendo igual razón de derecho para amparar al del comprador en uno que en otro caso y en orden a las dos jurisdicciones, en todos debe el vendedor responder de lo que constituye garantía inherente al contrato, conforme a sus esenciales condiciones, de la que el saneamiento responde a la primordial obligación de entregar la cosa, la más importante bajo el

⁴¹ Cfr. *ibídem*, p. 614.

Según creo, la opinión es reveladora, pero matizable, mientras no aclare del todo el confuso término de «sentencia administrativa».

punto de vista económico como del jurídico, sin el cual no llegaría dicho contrato al fin al que responde en beneficio de la difusión de la riqueza (...) principio de derecho de que donde existe igual razón de ley debe aplicarse la misma disposición de derecho».

Muy a propósito resalto esta doctrina ya clásica, pues manifiesta en sus debidos términos uno de los puntos de mayor interés del aceptado paralelismo entre la Sentencia judicial y las resoluciones administrativas. Me refiero a que, mientras en el ámbito judicial siempre la pérdida del bien se hace a manos de un tercero impulsor de las acciones correspondientes, no siempre sucede igual con el procedimiento administrativo. A menudo éste decreta el despojo a favor de organismos públicos que ostentan derecho anterior a la cosa reconocido en la oportuna instancia. En este sentido, es tercero, por permanecer al margen del contrato que luego desbarata, pero ha de reconocerse que gracias al procedimiento administrativo un ente público recupera sus mejores derechos sobre los bienes. La circunstancia implica una cierta falta de imparcialidad no adecuadamente tenida en cuenta en el argumento analógico que la permite.

2.2. Firmeza y ejecutividad

La señalada equivalencia se predica *ceteris paribus*. Luego el acto administrativo capaz de producir la evicción también ha de ser firme.

En efecto, a la sentencia firme se asimilaron sólo aquellos actos administrativos con el mismo carácter; es decir, que causan estado. No cualquier tipo de privación del bien adquirido da pie a la responsabilidad eviccionaria en el ordenamiento español —al no tratarse de un expediente jurídico generalizado indemnizatorio por el despojo del objeto a manos de un tercero—, sino que únicamente las pérdidas definitivas —*ex* sentencia, laudo arbitral o acto administrativo— consagran este cauce jurídico en cierta medida excepcional por objetivo y ambicioso. A la instancia oficial dictaminadora del despojo también ha de añadirse su firmeza; de suerte que se presupone definitiva y conforme a Derecho. Todo lo cual consume el daño al margen del elemento culpabilístico. Previo a la existencia de dicho conjunto, puede haber peligro, incluso próximo, de la evicción, pero no su misma hipótesis consolidada⁴².

⁴² Conviene recordar que contempla el artículo 1502 del Código civil —«si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance

El requisito de la pérdida establecida en sentencia judicial no es novedoso —al contrario de los otros tipos de pronunciamientos citados—, pero sí su carácter de firme, cuya naturaleza se introdujo en la última versión del Código civil⁴³ y con un tono reiterativo elocuente. Aparte de constar en la definición que aporta el artículo 1475 del Código civil, se repite después: «el saneamiento no podrá exigirse hasta que haya recaído sentencia firme, por la que se condene al comprador a la pérdida de la cosa adquirida o de parte de la misma» (art. 1480 CC). El añadido es ajeno a la tradición jurídica y no tuvo eco en las legislaciones latinoamericanas que siguieron el esquema español. En efecto, complementa el simple fallo *judicial* del artículo 1398 del Proyecto Isabelino y el artículo 1502 del Anteproyecto de 1882-88, para recoger el efecto de la cosa juzgada. A sus resultas, forja un estatuto favorable al vendedor, que sólo se verá reclamado en tales precisas condiciones, aparte de otras premisas formales de tipo procesal que se acumulan. Hasta que sea definitiva la privación de la cosa, el comprador no se ve realmente despojado del bien y no ha de resarcirse de un daño que no ha sufrido todavía. Como es lógico, la sentencia firme se produce una vez que no haya lugar a recurso, ya sea por razones objetivas o por falta de interposición. Luego es indiferente la instancia en que acontezca el suceso.

La firmeza es un término de la dogmática procesalista que aquí también se adopta. Por ello conviene acceder a su genuino significado. En el ámbito judicial, la firmeza confiere «autoridad de cosa juzgada» (art. 207.3, *in initio*, LEC), que implica su no posible revisión ordinaria por los tribunales, pues «se deberá estar en todo caso a lo dis-

la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago—, la llamada *exceptio imminentis evictionis*. Facultad que tiene un carácter restrictivo, «siendo únicamente por el ejercicio, o el temor de ejercicio, de acción reivindicatoria o hipotecaria, por lo que se puede suspender el pago del precio (Sentencias, entre otras, de 5 de noviembre de 1959, 13 de junio de 1962, 2 de noviembre de 1964 y 14 de marzo de 1986)» (S. de 4 de noviembre de 1989 y cfr. su comentario por PASQUAU, *Comentario a la Sentencia de 4 de noviembre de 1989*, en «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», 1990, p. 30; y el antecedente de la Sentencia de 20 de diciembre de 1898).

⁴³ Con todo, en este punto existe cierta discrepancia. MORATÓ sostiene que antes del Código civil ya se afirmaba la necesidad de que la sentencia «haya ganado autoridad de cosa juzgada» (*op. cit.*, p. 414); y MUCIUS SCÆVOLA pretende que la firmeza venía exigida ya en el Digesto (*cf. op. cit.*, p. 132), acerca de lo que albergo no pocas reservas.

Apenas existen vestigios en la doctrina de los tribunales anterior al Código civil sobre dicho asunto. La Sentencia de 3 de febrero de 1863 fijaba la posición dominante: «mientras no haya pérdida en juicio de la cosa comprada, no hay acción de evicción», pues «para que el comprador pueda reclamar del vendedor el saneamiento de la cosa comprada, es necesario que aquel sea vencido en el juicio que sobre ella se le moviere» (S. de 10 de junio de 1865 y cfr. S. de 18 de abril de 1875). Evidentemente, nada se dice sobre la firmeza, pero, mientras no concurra, tampoco puede afirmarse que sea en definitiva vencido en juicio el comprador.

puesto en ella» (art. 207.3, *in fine*, LEC). La originaria Ley de Enjuiciamiento Civil advertía que surge la firmeza surge con el agotamiento de las oportunas instancias de recurso; así acaba definitivo el fallo y además inamovible (cfr. art. 369 y S. de 5 de diciembre de 1925)⁴⁴, en coincidencia con el artículo 245.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁵. En idéntica línea, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contempla que «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado» (art. 207.2 LEC)⁴⁶. La firmeza trae consigo el efecto de la cosa juzgada material que, a tenor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se identifica casi por entero con el carácter definitivo de la sentencia, por lo que su relación es prácticamente tautológica. La primera implica lo segundo y viceversa⁴⁷. En suma, la sentencia firme significa la verdad jurídica.

⁴⁴ Cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 184; y PALOMAR, *op. y loc. cit.*, p. 169.

Considera GARCÍA CANTERO, que la firmeza es más amplia que lo descrito en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pues significa imposibilidad de revisar la sentencia (*cf. op. y loc. cit.*, p. 282).

⁴⁵ Cfr. ENNECERUS-KIPP Y WOLF, *op. cit.*, p. 82; y GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁶ He de reconocer que me agrada mucho más el texto antes vigente, a cuyo tenor la firmeza en las sentencias se producía «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes» (art. 369, pfo. 5 LEC de 1881).

A la vista del número cuarto del artículo 207 de la nueva Ley la sensación se agudiza, porque repite sin motivo aparente lo expresado en el transcrito número segundo: «transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada, debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella», si bien su entradilla se refiere a la cosa juzgada formal en que consiste. A la postre, las diferencias entre los aspectos formal y material de la cosa juzgada vienen de antiguo: el primero se identifica con la irrecorribilidad del pronunciamiento, mientras el segundo señala la fuerza que para los tribunales tiene lo decidido con carácter firme.

Llevando más allá la comparativa, me parece inmejorable por su sencillez la redacción que propugnaba el borrador de Ley de Enjuiciamiento Civil del Ministerio de Justicia del año 1997: «son resoluciones firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno» (art. 203.2), o, como dice la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 245.3, «son sentencias firmes aquellas contra las que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la Ley».

⁴⁷ Nada mejor para comprobarlo que acudir al nuevo artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo la entradilla de «cosa juzgada material»:

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluidas, conforme a la ley, los ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados primero y segundo del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa conclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularon.

En completo paralelismo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero), consagra los requisitos de la firmeza de sus actos. Sostiene que, contra los actos administrativos firmes, sólo cabe recurso extraordinario de revisión (cfr. art. 108 LRJAP). Es decir, adopta el concepto de irrecurribilidad ordinaria propio de la cosa juzgada formal en los fallos judiciales. Igualmente, parece identificarse acto firme con aquel que agota la vía administrativa, con arreglo al artículo 109 de la misma Ley, cuyo criterio más adelante reafirma el artículo 115.1, *in fine*, del propio texto: «transcurridos dichos plazos sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos». Resulta evidente que los actos que agotan el orden administrativo y, por tanto, devienen firmes, admiten a su vez un tratamiento judicial estricto en el proceso contencioso. Sin embargo, en la esfera de que trato, la firmeza se alcanza en la primera de sus acepciones. Cabría pensar que la privación no es definitiva mientras no sean los tribunales de justicia quienes la decreten de modo definitivo en sentencias firmes, pero ello haría recaer en el adquirente una sobregarantía del destino del objeto claramente gravosa. Si bien, por lo común el vendedor encuentra ventajas frente a unas normas de responsabilidad objetiva y de generoso ámbito, en el supuesto que me ocupa la previa decisión administrativa que causa estado se considera suficientemente consolidada como para el inicio de la exigencia eviccionaria. Me parece una fórmula conciliatoria de los intereses en juego, que haría excesivo en esta hipótesis retrasar el saneamiento hasta la sentencia contencioso-administrativa firme, máxime a la vista de los habituales retrasos que se acumulan en este orden jurisdiccional.

En diversa versión de acto definitivo, contempla la Sentencia de 25 de noviembre de 1925 que, aun mediando recurso de alzada, las resoluciones ejecutivas también producen despojo y hay equivalente a sentencia firme a estos efectos. Según creo, debería rectificarse dicha idea, porque la firmeza del acto es distinta de la puesta en práctica

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 10 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

provisional de qué sea objeto. El requisito exigido para que la evicción exista es la sentencia definitiva o irrecurrible; y, en su caso (laudos arbitrales aparte), por analogía, del paralelo acto administrativo cuyo contenido produzca la pérdida del bien gracias a reconocer un derecho anterior. Confundir cosa juzgada y ejecución es un dislate que varía las mismas condiciones del instituto saneatorio. Además, no existe vestigio alguno de dicha tesis en materia de fallos judiciales que pudiera traerse por analogía. Es cierto que antes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la regla ordinaria era la ejecutabilidad de las sentencias firmes, para no producir daños irreparables luego desmentidos en recursos ulteriores, pero no sucede ahora de dicha manera.

En efecto, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto las sentencias como los laudos firmes constituyen títulos aptos para la ejecución ordinaria (cfr. art. 517.2.1.º y 2.º LEC), luego, cuando se inste por el favorecido en el fallo, se parte de un pronunciamiento definitivo, con lo que las condiciones mínimas para la pérdida eviccionaria se cumplen. Ahora bien, la ejecución provisional que generaliza dista mucho de satisfacer tales requisitos, porque pueden servir a este propósito las sentencias no firmes (cfr. art. 524.2 LEC), entre las cuales no están excluidas las que determinen la privación de la cosa por el adquirente (cfr., *a contrario*, art. 525 LEC). Además, con arreglo al artículo 528 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son tasados los motivos oponible a la ejecución provisional y siempre facilitando alternativas que sustituyan a este propósito legítimo. En efecto, «si la sentencia fuese de condena no dineraria», como es el caso, puede objetarse la ejecución provisoria por «resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada» (art. 528.2.2.º LEC). Supuestos que no concurren para la evicción, cuya puesta en marcha de forma provisional siempre permite restituir cuando la sentencia firme decreta lo contrario. Por eso mismo, la ejecución transitoria del despojo a manos de un tercero no alcanza naturaleza eviccionaria, máxime cuando tampoco existe sentencia firme.

En cuanto a los actos administrativos —espacio jurídico-público donde la ejecución provisional era una medida mucho más común que para el judicial— resulta de interés referir, en pleno paralelo con lo anterior, que «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado» (art. 111.1 LRJAP). Esta ejecución provisional puede detenerse para el supuesto de «causar perjuicios de

imposible o difícil reparación» [art. 111.2.a) LRJAP]. Ahora bien, no pertenece a este capítulo la condena de reponer al tercero en la cosa, pues la medida es reversible sin aparente obstáculo. Sin embargo, las ejecuciones provisionales pendientes de recurso tampoco implican una pérdida definitiva en acto firme que autorice a la evicción.

Por consiguiente, firmeza y ejecutividad son dos fenómenos distinguibles, porque, si bien lo primero implica lo segundo, no se cumple a viceversa. Cuando exista una sentencia firme y logre su ejecución es llegada la coyuntura en que puede hablarse del presupuesto eviccionario, lo que abrirá las puertas del saneamiento en la medida que se sigan los otros requisitos complementarios de carácter procesal impuestos al adquirente que ha sufrido la pérdida.

2.3. La intervención de enajenante. Trámite de audiencia

Una vez establecido como axioma la posibilidad de que las decisiones administrativas firmes sirvan a los efectos de la evicción —en la medida en que supongan despojo del adquirente a causa de un derecho anterior a la compra que ahora esgrime un tercero—, debe advertirse que los cauces formales a que se sujeta el fenómeno se mantienen incólumes.

En este sentido, es camino ineludible del futuro saneamiento conceder al vendedor un trámite adecuado para la defensa que se irroga sobre la transmisión⁴⁸. Con arreglo al artículo 1481 del Código civil, «el vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento». El precepto subsiguiente traza el modo adecuado de proceder ante las instancias judiciales⁴⁹, pero no podía considerar otro cauce, como el presente, habida cuenta de su posterior añadido jurisprudencial.

⁴⁸ Cfr., por extenso, DURÁN RIVACOPA, *Evicción y saneamiento...*, Parte segunda, III.4.

⁴⁹ «El comprador demandado solicitará, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento Civil señala para contestar a la demanda, que ésta se notifique al vendedor o vendedores en el plazo más breve posible.

La notificación se hará como la misma Ley establece para emplazar a los demandados. El término de contestación para el comprador quedará en suspenso interin no expiren los que para comparecer y contestar a la demanda se señalen al vendedor o vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada Ley de Enjuiciamiento Civil, contados desde la notificación establecida por el párrafo primero de este artículo.

Si los citados de evicción no comparecieron en tiempo y forma, continuarán, respecto del comprador, el término para contestar a la demanda».

En su consecuencia, debe dársele audiencia en el procedimiento administrativo al llamado a responder por evicción —es decir, al transmitente—, de manera que pueda personarse y alegar cuanto estime oportuno en pro de la *traditio* efectuada y cuya *ratio* jurídica decae. Además de otorgarse vista del expediente⁵⁰, a los efectos de alegar sus razones, ha de ser citado como parte interesada⁵¹. Sin esta cautela, no cabe aducir saneamiento, pues debe permitirse siempre al vendedor defender la pureza jurídica del negocio transmisivo. En su virtud, la Sentencia de 5 diciembre de 1925, en una ejecución administrativa, declara que «es necesaria en todo caso la notificación al vendedor, necesaria conforme a los preceptos 1481 y siguientes del Código civil, por el conocimiento, que declara probado la sentencia, que tuvieron vendedor y comprador, interviniendo éste de acuerdo para formalizar la tercera administrativa».

3. EVICCIÓN Y ACTIVIDAD EXPROPIATORIA (SUJETO ACTIVO DE LA EVICCIÓN)

En materia de actos administrativos firmes que causen la evicción, sobresale como hipótesis especial la suministrada por el procedimiento expropiatorio forzoso⁵². Existen algunas características específicas que realzan su protagonismo; en primer término, quien interviene y despoja del objeto es el Estado, cuya categoría como poder público conduce irremediabilmente a la doctrina de los actos de *imperium*.

3.1. Los actos de *imperium* en el marco de la evicción

El hecho plantea incertidumbres acerca de la posible vigencia de normas jurídico-privadas contra su despliegue o sus consecuencias en los afectados. Por eso constituía una de las excepciones mantenidas históricamente al saneamiento, recogida en la Ley 37 del título

⁵⁰ Cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 187.

⁵¹ Cfr. SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 521; PALOMAR, *op. y loc. cit.*, p. 171; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 236, p. 226; RODRIGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 147; y DE BUEN, *Notas a Collin y Capitani...*, IV, Madrid, 1949, p. 195.

⁵² Admiten la evicción en las expropiaciones VALPUESTA Y OTROS, *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, p. 568; TORRALBA, *op. y loc. cit.*, p. 937; GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 282; y COCA, *op. y loc. cit.*, p. 2954.

5 de la Partida 5⁵³, que recibió amplio tratamiento en la jurisprudencia, pues dicha norma «tiene por objeto señalar los casos de excepción en que el vendedor no está obligado a sanear la cosa vendida» (S. de 22 de enero de 1874), pero no sin enfrentarse con muy acerbas críticas: «a primera vista, aparece esta disposición legal injusta hasta la tiranía»⁵⁴.

Luego entendían los clásicos que un legítimo ejercicio de las prerrogativas del Príncipe impedía el saneamiento por evicción, en la medida en que resulta un caso fortuito no achacable al transmitente. A la postre, la responsabilidad privada quedaba en suspenso ante la intervención del poder público encarnado en el Rey⁵⁵. A esta hipótesis extrema pronto fueron asimilándose los actos de *imperium* ejercidos por autoridad legítima. Sin embargo, por fortuna, las excepciones fueron superadas en pro de una mayor defensa de los derechos individuales, máxime cuando el Código civil las ignora y habida cuenta de los actuales parámetros de las competencias administrativas, sujetas al principio de legalidad positivo. Con todo, el supuesto tiene perfiles característicos que reclaman su estudio, máxime si perdura en el fenómeno expropiatorio y cuando por norma específica se garantice la conservación a ultranza en la cosa del adquirente, como en el pasado ya sucedió en orden a los procesos desamortizadores⁵⁶.

⁵³ A juicio de ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, quedaban eliminados de la evicción los supuestos en que intervenía el Príncipe, con arreglo a la ley 37, del título 5.º de la Partida 5.º, que proviene de una cita de PAULO recogida en Digesto 21, 2, II, como apunta LÓPEZ en su glosa (cfr. *La compraventa en las Partidas*, en «Centenario de la Ley del Notariado», Sección I.ª, Volumen II, Madrid, 1965, p. 394, y cfr. MARICHALAR, *op. cit.*, p. 281).

En el capítulo de los presupuestos históricos, GUTIÉRREZ narra la compra de unos terrenos por Lucio Tito más allá del Rin y destinados luego como premio a los veteranos (cfr. *op. y loc. cit.*). También consta un caso característico que trae LAURENT sobre Jerónimo Napoleón en Westfalia (cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 184; y BADENES, *op. cit.*, p. 615), donde se apreció evicción, pese a tratarse de un acto del Príncipe.

Véase, más en concreto, DURÁN RIVACOBA, *Evicción y saneamiento*... Parte tercera, III, I, b).4.º.

⁵⁴ MARICHALAR, *op. cit.*, p. 282.

⁵⁵ *Vid.*, por todos, GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 319.

⁵⁶ Sobre la materia, puede consultarse NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, p. 223; y BORRELL, *op. cit.*, p. 115. Asimismo son de observar los artículos 1 y 3 de la Ley de 1 de mayo de 1855; y 8, 10 y 12 de la Ley de 11 julio de 1856.

La Sentencia de 21 de marzo de 1861 en alguna medida se refiere al asunto: «el número 44 de la Cédula de 15 de octubre de 1805, que es la ley 1.ª, título 5.º, libro 1.º de la Novísima Recopilación, sólo trata de la evicción y saneamiento absoluto que hacía el Estado a favor de los compradores de bienes eclesiásticos enagenados en virtud de aquella Real resolución, y del breve que le acompaña».

3.2. El problema del derecho previo en la expropiación

En el caso de la expropiación forzosa deben tenerse presentes varias circunstancias conexas, que relativizan la posible naturaleza eviccionaria del despojo que causa en el adquirente del bien incautado. Para que se produzca la pérdida que genere saneamiento, ésta debe producirse por la eficacia sobrevenida de un derecho anterior a la compra⁵⁷. Junto con el problema relativo a la sentencia firme —y otras resoluciones administrativas análogas—, que funda el despojo, contempla el Código civil como un aspecto ineludible de la evicción que provenga de un derecho anterior a la transferencia⁵⁸, esgrimido por el tercero vindicante. Resulta, pues, un dato insoslayable para definir en el ordenamiento jurídico la responsabilidad saneatoria del obligado, por eso asegura MUCIUS SCÆVOLA que constituye «la circunstancia que con mayor fuerza caracteriza la evicción», y «su fundamento más racional y justo»⁵⁹.

El hecho de que proceda la pérdida de un título previo —en este caso la expropiación— significa, por una parte, la objetiva culpa del transmitente⁶⁰, y, de otra, la inocencia de la víctima eviccionaria, que se ve afectada por un acontecimiento jurídico surgido con anterioridad a que reciba el bien. Por el contrario, si el despojo proviene de procesos añadidos a la transmisión se invierten los términos, pues no existen indicios de que intervenga en la pérdida el *tradens*⁶¹, quien ha de quedar incólume, al menos en la esfera jurídica, mientras al com-

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 199.

⁵⁸ JORDANO FRAGA sostiene una tesis original, cuando estima no constituir óbice para el saneamiento por evicción el carácter posterior del derecho alegado por el tercero, pues «lo decisivo aquí no es la letra del artículo 1475 del Código civil, sino su finalidad: la consecución o preservación de la adquisición jurídico-real, y tanto más, en la medida en que la frustración de tal finalidad sea imputable a la conducta del vendedor obligado a realizarla» *Op. y loc. cit.*, p. 1364. Sinceramente creo que la idea desborda las previsiones legales y constituye una petición de principio; difícilmente puede justificarse una ruptura tan evidente del tenor literal del precepto —«en virtud de un derecho anterior a la compra» (art. 1475 CC)— por obra de un presupuesto jurídico al menos dudoso, máxime si existen fórmulas alternativas para conseguir el efecto que persigue, pero no por el estricto mecanismo que la evicción ofrece.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 135.

⁶⁰ GARCÍA CANTERO parece identificar el hecho posterior con ausencia del culpa del transmitente (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 287).

⁶¹ Asegura MANRESA que los actos anteriores excluyen los propios de comprador, y viceversa (cfr. *op. cit.*, p. 190).

Que deba ser el derecho anterior para establecer el saneamiento eviccionario, tampoco impide a la fuerza que pueda existir otro tipo de responsabilidad del transmitente por los actos posteriores, que algún autor cifra en la resolución del contrato (cfr. RAMOS FOLQUÉS, *op. y loc. cit.*, p. 627), pero tampoco resultan excluyentes las disciplinas de la doble venta, como de seguido analizo. Con todo, debo advertir que para ello resulta necesaria la estricta culpa en el asunto del vendedor, pues se trata de un episodio del incumplimiento que así lo exige, contra lo prevenido la presente categoría.

prador le compete asumir las repercusiones que se deben a su conducta⁶² o responsabilidad⁶³, aunque sea por riesgo⁶⁴. En todo caso, estima CASTÁN que con la transferencia, el adquirente recibe cedidos las acciones y derechos que competían al vendedor, y aquél debe afrontar con sus propios medios la nueva coyuntura sobrevenida⁶⁵.

En orden a la única relevancia eviccionaria de los derechos anteriores al negocio traslativo, la jurisprudencia se muestra significativamente decidida. Valga como prueba la temprana Sentencia de 18 abril de 1873: «la evicción no tiene lugar sino cuando el comprador es privado por sentencia firme de la cosa vendida», pero sobre la base de que «los actos de aquiescencia posteriores á la venta sobre particulares acerca de los cuales no contrajeron obligación alguna comprador y vendedor, no pueden dar apoyo a la evicción». Ahora bien, más recientemente, la Sentencia de 22 de diciembre de 1986 opone ciertos reparos a esta doctrina, pues tampoco niega que «la jurisprudencia de esta Sala no excluya absolutamente el caso de privación en virtud de derecho posterior a la compra —*vid.* Sentencia de 27 de junio de 1983—, lo que tendría efecto por vía de analogía»⁶⁶. Sin embargo, varias circunstancias aminoran el natural despliegue de su contenido. En primer término, la tesis se reconoce con notable alcance de *obiter dicta*, incluso al punto de que para el caso que analiza decide «que no se está ante el supuesto de la evicción». Además la referida Sentencia de 27 de junio de 1983, que alega en su apoyo, de ninguna manera sirve para su propósito, sino que resuelve que «la demandada pudo proceder, en su oportunidad, a la llamada en garantía de la vendedora acogiéndose al artículo 1482 «del Código civil» y con los efectos del 1481 del Código civil». Verdaderamente no creo que un simple pronunciamiento y en tales términos permita inducir hasta el límite que pretende la Sentencia de 22 de diciembre de 1986.

⁶² Como señala la Sentencia de 4 abril de 1892, «la ley 36, título 5, Partida 5, en cuanto exime al vendedor de la obligación de sanear la cosa vendida si el comprador la pierde por su culpa». La imputabilidad de la pérdida ocasionada por el adquirente no es atribuible a quien transmite, porque la obligación saneatoria no es absoluta, por eso debe traerse al vendedor al pleito eviccionario (cfr. COMAS, *Compendio de Derecho civil español*, VI, Madrid, 1893, p. 100; y VISO, *op. cit.*, 227).

⁶³ Cfr. LETE, *op. cit.*, p. 37; COCA, *op. y loc. cit.*, p. 2954; y GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 94.

BONET RAMÓN suma también el supuesto de caso fortuito, que de seguido se analiza (cfr. *op. cit.*, nt. 250, p. 237).

⁶⁴ En palabras de CLEMENTE DE DIEGO son «fuerza irresistible, o por derechos sobrevenidos con posterioridad a la venta que sólo puedan ser imputados a la fatalidad o al comprador Cfr. *op. cit.*, p. 420. La cita proviene de Digesto 21, 2, 10: «*futurus casus evictionis post contractam evictionem ad venditorem non pertinere*» (cfr. OYUELOS, *op. cit.*, p. 242; y BADENES, *op. cit.*, p. 616).

Defienden, más bien, la vía del riesgo asumido por el comprador tras la entrega NAVARRO AMANDÍ (cfr. *op. cit.*, p. 22); y BORRELL (cfr. *op. cit.*, pp. 124 y 129).

⁶⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 123.

⁶⁶ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y OTROS, *op. cit.*, p. 493.

Luego sólo mientras estuviera iniciado el expediente al realizarse la entrega, cabe hablar de la evicción, salvo que consideremos la utilidad pública y el interés social que provocan el efecto confiscatorio como una especie de carga latente al margen del momento de actualizarse. No creo que quepa decir tanto, porque se juzga la presencia de tales causas justificativas en concreto y al instante de su ejercicio.

Según afirma GARCÍA CANTERO, alegando la Sentencia de 5 de diciembre de 1931, el derecho debe ser anterior, pero no su ejercicio (incluso de ordinario), salvo que se trate de la cesión de *res litigiosa*⁶⁷. Igualmente, lo que marca el término de referencia es el negocio transmissivo, no la entrega, si bien, excepto cuando ésta se difiera, tienden a identificarse, muchas veces incluso a través de presunciones legales, del estilo de la contenida en el artículo 1462, párrafo 2, del Código civil, por eso se utiliza de ordinario de forma indistinta una u otra fecha.

El derecho previo al menos reclama estar en curso el procedimiento en la época de la transferencia, pues entonces existe verdadera vocación expropiatoria consolidada. Mas, en este caso, ya se ha concedido vista y audiencia en el asunto al vendedor⁶⁸. En efecto, «*las transmisiones de dominio o de cualesquiera otros derechos o intereses no impedirán la continuación de los expedientes de expropiación forzosa. Se considerará subrogado el nuevo titular en las obligaciones y derecho del anterior*» (art. 7 de la Ley de Expropiación Forzosa). Por tanto, la llamada en garantía se hace innecesaria, en la medida que constituye un presupuesto del fenómeno jurídico expropiatorio que se acumula. En tales condiciones, si el *tradens* informó del hecho al adquirente obra de buena fe, pero se trataría de un negocio a riesgo y ventura que aparta de su seno la evicción. Ahora bien, de ocultárselo, la malicia de su conducta resulta incontestable y varía el régimen de indemnizaciones previstas en el Código civil a su alza, incluyendo asimismo «*los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato*» (cfr. art. 1478.5 CC). Incluso cabe sostener que también surge una posible anulabilidad del contrato, mientras el hecho se haya omitido al adquirente de buena fe, debido a la maliciosa conducta del vendedor. La causa concreta sería el dolo —«*cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho*» (art. 1269 CC), cuyo alcance anulatorio por grave y unilateral (cfr. art. 1270 CC) queda de relieve—; o en el error excusable «*sobre aquellas condiciones de la misma*

⁶⁷ Cfr. *op. y loc. cit.*, p. 287; y PALOMAR, *op. y loc. cit.*, p. 171.

⁶⁸ Cfr. artículos 3 y 4 de la Ley de Expropiación Forzosa; 6.2 de la Ley del Suelo y 32 del Reglamento Hipotecario.

«cosa» que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo» (art. 1266, pfo. 1, CC). Esta doble opción refleja muy adecuadamente que saneamiento eviccionario y anulabilidad del contrato transmisivo son alternativas incompatibles.

El tema del derecho anterior a la transmisión que provoca la pérdida del objeto por el adquirente trae como consecuencia dos repercusiones básicas. La primera es que debe ser a la fuerza un tercero quien reclame la cosa mediante su acción adecuada. En el caso de que intente protagonizar la iniciativa del despojo el propio *tradens* inmediato —alegando posible mejor derecho— ha de ser de ordinario⁶⁹ sobre la base de un hecho de origen sobrevenido al negocio que causa la transferencia, por cuanto éste purga respecto del adquirente los vicios previos que favorezcan al vendedor, quedando sólo perspectivas para los derechos posteriores que le faculden a reclamar el bien. Además, en la hipótesis de que sea el *tradens* quien promueva el despojo⁷⁰, responde, pero por un capítulo distinto de la evicción, posiblemente de incumplimiento. Por último, el entramado procesal del instituto queda por completo privado de lógica si la llamada en garantía pierde su sentido, pues en dicho episodio ineludible consta el esquema tri-lateral en que se dilucida el saneamiento⁷¹. A diferencia de lo prevenido en la compraventa, sólo la enfiteusis recoge al tercero como agente activo de la pérdida (cfr. art. 1641 CC), que permanece de manera implícita en los demás supuestos.

En suma, la legítima expropiación sobrevenida de un bien no constituye un derecho previo a la venta que permita esgrimirse por el destinatario para que le resarza su transmitente, una vez se le despoje del bien por medio de acto administrativo firme. Las condiciones eviccionarias concurren, salvo la primera, que hace inútil su pretensión. Una buena prueba consta en que, para lo relativo a la enfiteusis, se contempla de manera diferenciada la evicción (cfr. art. 1643 CC) y los fenóme-

⁶⁹ Salvedad hecha de que resulte por distinta causa, como cuando devenga titular de la hipoteca que luego ejecute contra el propio bien que transmitió y ahora readquiere, privando al comprador, pero sin evicción posible.

⁷⁰ La relación entre derecho posterior a la compra y actos del transmitente se ha puesto en ocasiones de relieve (cfr. ESPÍN, *La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta*, en «Revista de Derecho Privado», 1963, p. 469).

Entiende RODRÍGUEZ MORATA que si el vendedor intenta el despojo judicial cabe oponer la «exceptio rei venditae et traditae», o la doctrina de los actos propios (cfr. *op. cit.*, p. 110; y SALINAS, *op. y loc. cit.*).

Según DE DIEGO, quien es *actor* no podría causar la evicción (cfr. *op. cit.*, p. 415).

⁷¹ Al respecto, es muy significativa la Sentencia de 10 de febrero de 1873, que contiene un importante indicio, pues elimina la evicción «cuando los compradores no fueron demandados por nadie acerca de los negros que compraron al vendedor, sino que se les privó de ellos a virtud de la emancipación de los mismos». Es decir, que ningún tercero reclama la cosa (se trataba, por mucho que parezca hoy una barbaridad inimaginable, de un peculiar objeto: «alijo compuesto por una negrada de 600 negros bozales»).

nos expropiatorios (cfr. arts. 1631 y 1627 por remisión, ambos del mismo Cuerpo legal); con sus diferentes remedios indemnizatorios. En cualquier caso, como ya hemos visto, puede la víctima impugnar el negocio por dolo u error si la contraparte le ocultó a sabiendas noticias del hecho inminente, pero, a mi juicio, no existe remedio saneatorio factible. Se ha debatido como solución más equitativa que pueda repercutirse al transmitente la diferencia entre justiprecio aceptado y la cantidad satisfecha por el bien⁷². Es cierto que las estimaciones oficiales en este punto suelen reducir bastante las expectativas de valor conforme a las reglas de mercado, pero cuando el expediente se inicia con posterioridad a la transmisión resulta impropio exigir al vendedor la diferencia de precios. Sería un nuevo capítulo del riesgo asumido por el adquirente, pero acaso el problema reclame consideraciones más detalladas.

A este propósito resulta de interés por analogía lo prevenido en el artículo 519 del Código civil: «si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien a abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo». Salvando las distancias, cabrá inferir que asimismo sucede con la evicción. Cuando se prive del goce de la cosa por derecho previo al contrato generador del usufructo que se reconozca en sentencia firme, se verá el transmitente obligado a ofrecer un sustitutivo análogo —según algunos, «saneamiento extrajudicial»—, o, ante un imposible pago de los frutos económicos (intereses) del justiprecio indemnizatorio inexistente, a sanear conforme a los descrito en el artículo 1478 del Código civil, pero con las correcciones formuladas en el artículo 1553, párrafo 2, del mismo texto, que para el arrendamiento concibe la rebaja proporcional en el precio por el periodo transcurrido en el disfrute de la cosa.

3.3. Noticia del procedimiento expropiatorio, renuncia de la evicción y contrato a riesgo y ventura

Las alusiones formuladas al carácter del contrato a riesgo y ventura en que consiste el negocio transmisivo en determinadas circunstancias, nos conduce al terreno de los posibles acuerdos sobre la evicción que puedan establecer las partes y, más en concreto, de su renuncia. Si el comprador conoce del evento eviccionario en ciernes y a sabiendas abdicar de la posible indemnización por esta causa, el régimen debe variar en

⁷² Cfr. MARICHALAR, *op. cit.*, p. 282, quien asegura que para la expropiación el justiprecio es lo que realmente excepciona y no la intervención del poder público.

sustancia, como el propio Código establece⁷³. Así, mientras el adquirente se someta *ex voluntate* al riesgo de privación que pende sobre su compra, queda el *tradens* libre de responsabilidad por dicho motivo.

En este capítulo, las cautelas del Código civil resultan al menos sorprendentes. La propia norma que recoge la noción evicción se ocupa de advertir que «el vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato», aunque «los contratantes, sin embargo, podrán aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor» (art. 1475, pños. 2 y 3, respectivamente, CC). Sin embargo, esta ordinaria capacidad decisoria de los protagonistas encuentra ciertas restricciones en cuanto a la renuncia llamada por eso simple. La primera es obvia, pues «será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte» (art. 1476 CC), mientras que la segunda reduce inopinadamente su alcance: «cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción» (art. 1477, *in initio*, CC), siempre «a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias» (art. 1477, *in fine*, CC), evento denominado renuncia cualificada⁷⁴. En ella no se

⁷³ Cfr. DE DIEGO, *op. cit.*, p. 418. Por el contrario, estima CASINOS que la circunstancia contraviene los antecedentes justinianeos de la evicción en el ordenamiento español (cfr. *op. cit.*).

⁷⁴ La renuncia cualificada plantea numerosos problemas interpretativos. Se discute si, junto al conocimiento expresado, en la cláusula donde se recoge debe constar el oportuno riesgo que advierte y acepta su autor. En principio, nada se dice y, por tanto, huelga su exigencia (cfr. MUCIUS SCÆVOLA, *op. cit.*, p. 157; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 32; y LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 59). Sin embargo, una declaración en este sentido despejaría posibles debates exegéticos acerca de los concretos términos de la renuncia, por lo que resulta muy aconsejable, máxime cuando el Código civil no lo contempla, pero tampoco lo prohíbe (cfr. BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 242, p. 232) y hasta parece que tácitamente se acepta (cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 206; y TORRALBA, *op. cit.*, p. 941). También facilitaría la prueba de que actuó el comprador impune en los peligros que acechaban su tenencia (cfr. ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 276; y BLANQUER, *Notas sobre un caso de supresión o de exoneración de obligaciones legales de un contratante (Artículos 1475-3º, 1476 y 1477 del Código Civil)*, en «Anuario de Derecho Civil», 1983, p. 1176); y, por último, sirve la fórmula para excluir las incertidumbres acerca de una condición general del contrato que operara contra el adquirente (cfr. BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 242, p. 231). Además, tendría un carácter abusivo que aparece su nulidad, con arreglo al artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, reformada por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en el caso de tratarse de un consumidor (cfr. disposición adicional, primera, II.9.º).

Cuando existan dudas acerca de qué tipo de renuncia se trata en el supuesto concreto, debería estarse a favor de la simple, que garantiza con mayores visos de verosimilitud los derechos del despojado, aunque sin excluir totalmente un acuerdo restrictivo del saneamiento que aparte la causa esgrimida. Todo depende de las palabras que se adopten para plasmar el pacto, que deberá interpretarse conforme a las reglas establecidas en los artículos 1281 y siguientes del Código civil.

trata ya de reconocer a su autor desposeído un *minimum* por la genérica quiebra de un componente legal del contrato en que intervino, sino que quien la realiza sabe la causa concreta que puede significarle la pérdida del objeto y asume sus repercusiones⁷⁵.

Es importante realzar que POTHIER propone diversos ejemplos de su vigencia, como el de la hipoteca previa, un potencial retracto, y sobre todo, la expropiación inminente⁷⁶, caso que ahora me ocupa. Con tales presupuestos, la renuncia no perjudica exclusivamente al comprador; lo que sería lesivo para él y en justicia rechazable, sino que compone mejor los intereses de las partícipes. Ante una infravaloración del objeto, al adquirente toca responsabilizarse de los peligros de su permanencia, que además conoce. Luego queda excluida por hipótesis la mala fe del *tradens*, que no ha de recibir censura jurídica por su conducta leal.

Al margen de tales cuestiones, concernientes al régimen jurídico de la renuncia, nos enfrentamos a un asunto de mayor calado cuando se trata de definir la naturaleza jurídica de los contratos suscritos con cláusulas abdicativas de responsabilidad evicciónaria. El hecho de que se advierta el peligro de la evicción, pero se acepte —de ordinario, insisto, a cambio de una sustanciosa quita del precio— la renuncia completa de las reparaciones futuras de llegar a producirse, apareja el interrogante de qué tipo de acto resulta éste. La doctrina en su conjunto estima que se trata de un contrato aleatorio. La idea cuenta con abundantes indicios a su favor, por sus características generales⁷⁷ —ambos partícipes conocen con exactitud las amenazas que se ciernen sobre la permanencia jurídica en la cosa, que indudablemente influyen también en las contraprestaciones dinerarias—, sus antecedentes jurídicos⁷⁸, el objeto de que versa⁷⁹, y sus efectos⁸⁰.

⁷⁵ Pese al tenor más o menos ambiguo del Código civil, el conocimiento no es de las consecuencias de la evicción excluida —que son legales y predeterminadas, salvo pacto—, sino del motivo que la puede provocar (cfr. GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 300; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 242, p. 231; y ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 31).

El hecho no resulta tan sorprendente, por cuanto sin duda una sensible rebaja en el precio responde al propósito enunciado (cfr. MORENO MOCHOLI, *op. cit.*, p. 394; FAJARDO, *La compraventa con precio determinable*, Madrid, 2001, p. 552; RAGEL, *op. cit.*, p. 635; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 362; y MARICHALAR, *op. cit.*, p. 283).

⁷⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 100 y RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 345.

⁷⁷ Cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 319; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 357; MORENO MOCHOLI, *op. cit.*, p. 394; GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 93; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 242, p. 230; NAVARRO AMANDI, *op. cit.*, p. 224; BADENES, *op. cit.*, p. 628; BORRELL, *op. cit.*, p. 128; MANRESA, *op. cit.*, p. 206; y TORRALBA, *op. cit.*, p. 940.

Más moderadamente opinan DIEZ-PICAZO Y GULLÓN que «este pacto da un marcado carácter de aleatoriedad al contrato» (cfr. *op. cit.*, p. 300).

⁷⁸ GARCÍA GOYENA, ofrece su justificación en las fuentes: Digesto 19, 1, 11, par. 18 (cfr. *op. cit.*, p. 389; y RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 357, que lo trae de POTHIER).

⁷⁹ Sugieren LACRUZ y SANCHO que su aleatoriedad deriva de constituir un acuerdo sobre *res litigiosa* (cfr. *op. cit.*, p. 59; RAGEL, *op. cit.*, p. 635; y RUBIO, *op. cit.*, p. 494).

⁸⁰ Coincido con POTHIER en que los contratos aleatorios tienen a su favor que no dan lugar institucionalmente a la repetición (cfr. *op. cit.*, p. 105).

El escollo surge porque, con tales presupuestos, difícilmente cabe hablar de compraventa⁸¹, pero se sostiene por los autores que puede ajustarse al tipo denominado de *a riesgo y ventura*⁸², y creo que no les falta motivos, siempre que por analogía se amplíe a todos los contratos susceptibles de recibir el efecto eviccionario. Sin duda, es un contrato de intercambio de cosa por precio y, habida cuenta que no existe su justa estimación en el Código civil, la entraña de la compraventa se mantiene. Ahora bien, deben advertirse las muy especiales circunstancias que rodean la figura, en la medida del conocimiento y aceptación de su intrínseca inseguridad por ambas partes: una, reduciendo sus pretensiones económicas objetivas y, la otra, renunciando a cualquier acción jurídica que le reponga en sus derechos si el temido hecho llega. Parece que dicho esquema se corresponde con el negocio a riesgo y ventura en sus perfiles esenciales, aunque su apuesta sea de carácter jurídico, y no de utilidad o meramente físico, como el tipismo jurídico parece contemplar.

3.4. Ámbito del resarcimiento y justiprecio

La otra faceta característica de la privación en el proceso expropiatorio es que se produce una vez satisfaga el órgano público actuante un justiprecio al propietario. No se trata, pues de una pérdida por completo ayuna de contraprestación: existe, pero se atenúa en el plano económico. Recordemos que con el saneamiento se atempera el daño de la evicción, encargo que asimismo incorpora el justiprecio.

En efecto, con arreglo al artículo 1798 del Código civil, «la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar; pero el que pierde no puede repetir lo que haya pagado voluntariamente, a no ser que hubiese mediado dolo, o que fuera menor, o estuviera inhabilitado para administrar sus bienes».

⁸¹ Cfr. MORENO MOCHOLI, *op. cit.*, p. 396.

JORDANO FRAGA, estima que hay «una mutación causal en el contrato celebrado: concluyendo, no ya una compraventa, sino un contrato aleatorio: la llamada «venta a riesgo y ventura»» (*op. y loc. cit.*, p. 1363).

Personalmente considero que la idea es en cierta manera incompatible con lo dispuesto en el artículo 1274 del Código civil acerca del carácter objetivo de la causa que, si bien se ve modalizada por el alea, temo que no llegue a constituir un cambio radical en su naturaleza (cfr. asimismo, RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 359).

⁸² Cfr. RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 351; y MUCIUS SCÆVOLA, *op. cit.*, p. 157.

El acuerdo generalizado no impide las matizaciones: BLANQUER opina que la compraventa a riesgo y ventura es distinta de la que contiene la renuncia cualificada, pero que sus efectos se identifican (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 1177).

GARCÍA CANTERO considera que aquí radica un punto de diferencia entre ambos tipos de renuncia, pues estima que para la simple abdicación no hay tal compraventa a riesgo (cfr. *op. y loc. cit.*, p. 308; y cfr. RODRÍGUEZ MORATA, *ibidem*).

MARICHALAR identifica entre los contratos aleatorios la compraventa a riesgo y ventura (cfr. *op. cit.*, p. 283).

Como afirmó BENITO GUTIÉRREZ, «la ley no hace injuria a nadie. Se supone que el poder, cuando usa de las cosas de los particulares por respetos de orden público, no lo hace sin conceder previa indemnización, por lo cual no hay aquí perjuicio que esté obligado a reparar el vendedor»⁸³. Puede objetarse que su monto suele ser comparativamente menor y que, por tanto, la víctima tendría derecho a ser satisfecha por completo en la cuantía que contempla el artículo 1478 del Código civil. En cierta medida, la indemnización expropiatoria relativiza el perjuicio que se infiere al despojado, pero, por lo común, no lo colma. Luego, ciertos autores propugnan que acaso debiera sanearse por la diferencia entre ambos conceptos.

La idea me parece muy apropiada, por el modo en que transcurren los acontecimientos jurídicos implicados. Hemos visto que derecho previo exige inicio del expediente confiscatorio antes de la entrega, y que supone consciencia del *tradens*. Cuando éste advierta del peligro al expropiado, hay negocio a riesgo y ventura que se aparta del saneamiento; en otra hipótesis, opera en franca mala fe, y entonces creo que le asiste perfecto derecho al adquirente a verse resarcido por el total de la cuantía reconocida en las leyes civiles. No ignoro que la expropiación es forzosa por las causas de interés público o necesidad social que afectarían a cualquier propietario. Si se me apura, constituye un proceso relativamente al margen del vendedor, y en cuya virtud no debería responder en modo alguno, máxime si se consolida después de la venta y el derecho anterior queda en entredicho⁸⁴. Ahora bien, mientras las condiciones existan, y se haya omitido la necesaria información al *accipiens*, éste tiene motivos suficientes para reclamar el saneamiento en su total cuantía, pudiendo detraerse, como es lógico, cuanto reciba por justiprecio.

En cuanto a las distintas partidas que componen el saneamiento debido, conviene hacer algunas puntualizaciones por razón de la materia si es que interviene un ente administrativo⁸⁵. El principal concepto que debe incluir la indemnización de la víctima es, a tenor

⁸³ *Op. cit.*, p. 320; y cfr. WACKE, *op. y loc. cit.*, pp. 173 y 174.

En contra, véase RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 200.

⁸⁴ Cfr. GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 319; y SANTAMARÍA, *op. cit.*, p. 517.

⁸⁵ El artículo 1478 del Código civil plantea el asunto en los siguientes términos: «cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor». Como es evidente, tales referencias a los conventos lo son en la línea de aumentar sus consecuencias, sin perjuicio del mínimo reconocido. La simple alusión inespecífica sobre la responsabilidad eviccionaria que contiene la norma resulta una cautela inútil, en la medida en que de suyo el Derecho lo contempla, pero antaño fue asidua por causa del sentido más oscuro de su régimen entonces vigente. Sin embargo, en los actuales términos legales del problema, la práctica demuestra el enorme predicamento de las reglas previstas en el Código civil, por normal ausencia de diversa disciplina especificada en el contrato.

del número primero del artículo 1478 del Código civil, «la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta»⁸⁶. El punto esencial a decidir es la opción entre precio satisfecho por la cosa o su valor al instante de reparar. Se ha elegido, según creo, una vía intermedia —ni el precio pagado, ni el valor del objeto—, sino el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción. Son dos las cuestiones abiertas a la vista de la dudosa terminología utilizada. La primera versa sobre lo que deba entenderse por «precio»; y, la segunda, concierne «al tiempo»: a qué fecha se refiere. Alude al precio que tuviere al instante de la evicción. Señala, pues, al valor de la cosa, por cuanto el despojo no supone una transmisión nueva que pueda ser estimada por el precio satisfecho. En otros términos, se sustituye precio actualizado de la transferencia por el valor del bien⁸⁷. Como sostiene PUIG BRUTAU, «no es lo mismo dejar al comprador indemne de la compraventa celebrada o de la evicción sobrevinida»⁸⁸. El dilema entre precio y valor

⁸⁶ Este criterio proviene del Proyecto Isabelino y supone una quiebra de los antecedentes legales establecidos en las ordenamientos castellano que prosperarían, por el contrario, en el ámbito del Derecho continental. Es lo cierto que las Partidas establecieron el principio de que, ante la evicción, debía sanearse por el transmitente; que «tenido es de tornarle el precio que recibió del «comprador» por la cosa que vendió». Ahora bien, debería matizarse aún más este punto, pues la ley 32, título 5 de la Partida 5.^a contemplaba, para el caso de que se hubiera convenido el saneamiento por el duplo, que «se entienda no sólo del precio, sino también de la cosa magüer más valiese». GARCÍA GOYENA justifica el hecho por que lo realmente perdido por su víctima con la evicción es el valor de la cosa que tenía; luego la equidad impone dicha fórmula (cfr. *op. cit.*, p. 390). CHARRÍN considera muy favorable la pauta establecida en el Código civil, que se aparta en este punto del oscuro precedente de las Partidas, cuyo contenido, a su vez, se desentendió de los antecedentes romanos (cfr. *op. cit.*, p. 67). En contra, con la cita en su apoyo de las fuentes —Digesto 21, 2, 70 y 66—, cfr. VISO, *op. cit.*, p. 227, que se manifiesta en este aspecto con singular virulencia, y entiende que «tan chocantes disposiciones» constituyen «aberraciones manifiestas contra la razón y la justicia» (*op. cit.*, p. 227), que nacieron en el Proyecto de 1851. GUTIÉRREZ estima dudosa la cuestión antes del Código civil, pero reconoce la conformidad de sus pautas con el Derecho romano (cfr. *op. cit.*, p. 308); y BADENES, quien considera por estricta razón de justicia superior este criterio al imperante para otros ordenamientos europeos (cfr. *op. cit.*, p. 633). Acerca de la concretas disposiciones del Derecho comparado pueden consultarse BADENES (cfr. *op. cit.*, pp. 603 y ss.); RUBIO (cfr. *op. cit.*, p. 301 y 302); LORETO (cfr. *op. cit.*, pp. 329 y ss.); y GARCÍA CANTERO (cfr. *op. cit.*, pp. 301 y 302).

⁸⁷ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, p. 239; RUBIO, *op. cit.*, p. 606; GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 308; BORRELL, *op. cit.*, p. 130; GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 97; OYUELOS, *op. cit.*, p. 244; y DE DIEGO, *op. cit.*, p. 422.

⁸⁸ RAGEL considera que supone tanto como «reclamar el cumplimiento por equivalente pecuniario de la cosa» (*op. cit.*, p. 635); pero en la fecha de la evicción, añadiría yo.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 188.

Algunos autores, sin embargo, critican duramente la medida, por cuanto la evicción derrumba de raíz la misma causa del negocio traslativo y, entonces, es el precio lo que debe ser devuelto. Cfr. SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 574; VISO, *op. cit.*, p. 227; BORRELL, *op. cit.*, p. 129; DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 253; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 220; y NAVARRO AMANDI, quien trae a su favor el argumento de autoridad de ESCRICHE (cfr. *op. cit.*, p. 224). Incluso se alega que, si el accipiens ha sacado provecho de la cosa, su equivalente monetario debe ser reducido de la repetición. Es lo cierto que, cuando la cosa valga

no resulta baladí, tanto desde un punto de vista jurídico, como económico. Hasta el extremo de que lo considera MUCIUS SCÆVOLA «una cuestión grave», pues una u otra alternativa sería dañina para cada partícipe del negocio causal⁸⁹.

La regla, según digo, se refiere al tiempo de la evicción, lo que plantea la incertidumbre sobre qué momento es el relevante para valorar el bien saneable. Hay dos opciones: la fecha de la sentencia declarativa que beneficie al tercero, frente a la del efectivo despojo del comprador. Me decanto por la segunda, de un modo u otro presente a lo largo del estudio. La privación que sufre quien adquirió ha de ser física —no cometida en el mundo de las ideas o de los deberes—, y guarda correspondencia con el tipo de acción que resulta oportuna para la pérdida eviccionaria, real y de condena.

El segundo número del artículo 1478 del Código civil comprende la responsabilidad por evicción en «los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado "al comprador" a entregarlos al que le haya vencido en juicio»⁹⁰. Con ello quiere decirse que, como la entrega es uno de los requisitos eviccionarios ineludibles, pues implica ésta un despojo por el tercero, los frutos y rendimientos se someten a la liquidación del estado posesorio que compete realizar, al ser vencido el comprador. Este conjunto de ajustes concurren antes incluso de la efectiva pérdi-

más en el momento de la evicción, cabría incluir este daño en el capítulo de los perjuicios previstos en la última de las partidas recogidas en el artículo 1478 del Código civil; pero, en cualquier hipótesis, estimo que la fórmula elegida por el ordenamiento español no es deseable. Incluso, aunque se devuelva la estimación de la cosa en la época de su pérdida eviccionaria, el saneamiento acaso requiera un pleito que comporta un tiempo añadido en el que no se considera la revalorización el objeto y puede sufrir quebranto económico el despojado por esta vía, si bien la deuda creo que gana intereses a partir de su existencia; y, además, la suerte que corra la cosa una vez ha salido de su dominio le resulta extraña.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 145. A su juicio, debe resarcirse al adquirente sobre todo, aunque sin repercutir al vendedor las desmejoras en las que no tuvo participación (cfr. *ibidem*, p. 146).

También se plantea el problema de qué destino cabe asignar a las plusvalías y los deterioros que sufra en su estimación la cosa. El debate que ha generado el asunto entre los especialistas puede calificarse de oscuro y farragoso. En síntesis, diré que las plusvalías intrínsecas previsibles y las debidas a las actividades del adquirente que no reciban un tratamiento jurídico específico —como las mejoras— deberán formar parte del valor de la cosa en el momento de la evicción. En cuanto a las extraordinarias, acaso sea oportuno referirlas a la indemnización de daños y perjuicios que contempla este mismo artículo 1478.5 del Código civil para el caso de la mala fe del vendedor. Las depreciaciones del bien reciben un tratamiento más lineal, en el sobrentendido de que responden al provecho que obtiene quien explota la cosa; es decir, del adquirente privado por evicción. Se proponen diversos ejemplos, como la poda de arbolado para su venta (cfr. POTHIER, *op. cit.*, p. 64), el derrumbe de construcciones en beneficio propio (cfr. BADENES, *op. cit.*, p. 637), etc. Cfr. NAVARRO AMANDI, citando a ESCRICHE (cfr. *op. cit.*, p. 637). Igualmente hay normas y reglas especiales en orden a la casuística que proporciona los supuestos de precio aplazado y otros análogos, cuyo desarrollo no juzgo ahora oportuno.

⁹⁰ Considera GONZÁLEZ POVEDA que la expresión «rendimientos» resulta extraña —por desconocida— en el Código civil y redundante con frutos (cfr. *op. cit.*, p. 97; y TORRALBA, *op. cit.*, p. 943).

da del bien, entre otras cosas por el derecho de retención reconocido al poseedor previo de buena fe a causa de las cantidades debidas por este título, cuyo abono precede al reintegro del objeto (cfr. art. 453 CC)⁹¹, porque «después de la devolución del precio, el primer efecto á que está obligado el vendedor es el abono del importe de los frutos que el comprador haya sido condenado á entregar á la parte vencedora en el juicio de reivindicación» (S. de 21 de febrero de 1887). La importancia que se concede a la medida, justo tras la devolución del precio —valor ahora⁹²—, es una buena prueba de la necesidad de su examen. Con todo, éste arroja no pocas dificultades, por la imprescindible remisión que debe hacerse sobre las normas liquidatorias del estado posesorio, que no pueden calificarse precisamente de contenido pacífico en su alcance, y la casuística que caracteriza el régimen jurídico en la materia. La Sentencia de 18 de diciembre de 1891 es un ejemplo sobresaliente de cuanto digo: «toda condenación de abono de frutos lleva consigo la liquidación de las impensas, según la naturaleza de éstas y la calificación jurídica del poseedor condenado al pago de los frutos».

En efecto, se impone la tarea de conciliar en la medida de lo posible las disposiciones relativas a la liquidación del estado posesorio entre comprador y tercero, para extraer las consecuencias económicas que repercutan en el saneamiento que aquél deba recibir por su transmitente. Los frutos que ha de resarcir el vendedor por saneamiento son los que deba entregar el vencido en juicio eviccionario al tercero, cuando la sentencia lo decida. El despojo que sufre aquél trae consigo que acaso esté obligado a ceder los rendimientos del bien durante su posesión, en beneficio del vindicante. Aquí radica la causa que funda el nuevo concepto indemnizatorio, pues, de lo contrario, recibiría una doble percepción insólita: la de su disfrute junto a su reembolso⁹³. La responsabilidad eviccionaria busca el perfecto equilibrio en el patrimonio de la víctima, no un suplemento injustificado, como sería éste. Ahora bien, la deuda se produce sólo en la medida en que se declare la mala fe del poseedor vencido (el adquirente), lo que

⁹¹ Estimo de gran relieve, al tratar de las indemnizaciones debidas, distinguir los planos de la liquidación posesoria y el saneamiento, por sus diversos protagonistas. Esta óptica garantiza no acumular reembolsos por la misma causa de ambos pagadores (respectivamente, tercero y vendedor) (cfr. por extenso DURÁN RIVACOBA, *Evicción...*, pp. 235 y ss.).

⁹² Obsérvese cómo la sentencia citada, que precede al Código civil, recoge la pauta del Derecho histórico español —reformada en dicho texto—, de abonar el precio y no el valor de la cosa transmitida.

⁹³ Cfr. NAVARRO, *op. cit.*, p. 157; GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 310; O'CALLAGHAN, *op. cit.*, p. 34; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 249; DE BUEN, *Derecho civil...*, p. 460; OYUELOS, *op. cit.*, p. 244; y MANRESA, *op. cit.*, p. 208.

constituye un verdadero enigma^{94, 95}. En efecto, el artículo 455 del Código civil expresa —en orden a la liquidación del anterior estado de cosas, por reponerse a su auténtico titular—, que «el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión». Cualquiera diría que quien retiene la cosa incluso a sabiendas de su injustificada ocupación frente al tercero debe ser indemnizado por el vendedor. El propio Código civil informa que las actitudes posesorias se juzgan bajo los estrictos cánones del conocimiento que tuviera el sujeto sobre su actividad en la cosa. En consecuencia, con arreglo al artículo 433 del Código civil, «se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario»⁹⁶. Luego, cuando el poseedor sepa que su ejercicio de los poderes característicos del derecho real de que se trate no tiene respaldo en un título jurídico suficiente, la mala fe aparece *in actu*. En nuestro caso, por lo común coincide con sus noticias acerca de la demanda interpuesta por el tercero que acaba en su condena, si bien pudiendo repercutir los efectos económicos en el transmitente responsable. Mala fe aquí no se identifica con dolo, ni equivale a un supuesto *consilium fraudis* que vincule a los partícipes del contrato transmissivo, sino distinta circunstancia, ligada, más que a su adquisición, a la permanencia en el objeto. Así encuentra lógica interna que las reglas liquidatorias del estado posesorio, que conceden los frutos al demandante vencedor, se completen con su rescate para los poseedores de mala fe por vía de saneamiento eviccionario.

El artículo 1478.3 del Código civil, contempla «las costas del pleito que haya motivado la evicción, y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento». Esta idea se contiene *a fortiori* en la Sen-

⁹⁴ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *El contrato de permuta*, Madrid, 1978, p. 239; RUBIO, *op. cit.*, p. 606; GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 308; BORRELL, *op. cit.*, p. 130; GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 97; OYUELOS, *op. cit.*, p. 244; y DE DIEGO, *op. cit.*, p. 422.

RAGEL considera que supone tanto como «reclamar el cumplimiento por equivalente pecuniario de la cosa» (*op. cit.*, p. 635); pero en la fecha de la evicción, añadiría yo.

⁹⁵ Cfr. PUIG PEÑA, *op. cit.*, p. 123; BORRELL, *op. cit.*, p. 138; TORRALBA, *op. y loc. cit.*, p. 943; y MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 146.

⁹⁶ En idéntico sentido, el artículo 1950 del mismo Cuerpo legal: «la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio».

tencia de 4 de abril de 1892, a cuyo tenor la obligación de saneamiento eviccionario «lleva siempre consigo la de indemnizar daños y perjuicios, sin que la ley 32, título 5, Partida 5, autorice a suponer que por tal concepto no deba condenarse al abono de más gastos judiciales que los ocasionados en el pleito». El precepto es ilustrativo, en la medida en que destaca la doble vía judicial que cabe deducir del fenómeno estudiado. En su base, hay un pleito sobre la evicción misma, en cuanto dirime la pérdida de la cosa reclamada por el tercero. Una vez prospere dicha demanda, se abre camino el saneamiento a cargo del transmitente, que también puede ventilarse ante los tribunales de justicia. Ambos cauces procesales, cuando el segundo exista, engendran unos gastos repercutibles por el adquirente que se ve privado del objeto. Al margen de la razón de fondo que motiva su presencia entre las cantidades que debe resarcir el vendedor por causa del saneamiento, cabría distinguir los distintos impulsos que motivan uno y otro litigio. El de la evicción propiamente dicha se causa por la defensa de la entrega de la cosa, mientras el de responsabilidad puede ser eludido por el obligado pagando la cantidad adecuada y sin acudir al juicio que provoca con su actitud reticente⁹⁷. Sin embargo, las costas deben referirse a procesos que de suyo sean aptos para decretar la evicción, y no cualesquiera otros, por mucho relieve que tuvieran acerca de los derechos de las partes sobre la cosa. En este sentido, la Sentencia de 5 de diciembre de 1985 aclara que «a tenor del artículo 1478.3.º del Código Civil, el comprador, en caso de evicción tiene derecho de exigir, y, por tanto, el vendedor obligación de satisfacer en relación con las costas judiciales, las del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, los del seguido con el vendedor para el saneamiento». Al margen de algunas dudas suscita la casuística⁹⁸. En materia de costas he

⁹⁷ Como dice OYUELOS, el gasto se debe a que por culpa del vendedor el pleito resulta inevitable, para recibir la indemnización saneadora (cfr. *op. cit.*, p. 245; y BADENES, *op. cit.*, 639).

⁹⁸ Por ejemplo, qué ocurre, por ejemplo, si el demandado asume su defensa en la evicción y gana, con o sin asistencia del llamado en garantía, pero no hay expresa condena en costas al actor (cfr. RIMBLAS-MAJADA, *Código civil, interpretado y anotado*, Barcelona, 1958, p. 877).

La Sentencia de 30 diciembre de 1881 planteó un supuesto en que mediaba pacto entre las partes, por el cual «saldría el vendedor a la defensa y le seguiría a su costa», obligación que incumple, y determina que aunque sea el comprador quien triunfe jurídicamente y no sufra privación de la cosa por sentencia firme, deba responder aquel de los gastos judiciales, según criterio declarado en las Sentencias de 10 de junio de 1865 y 18 de abril de 1873. Cfr. igualmente, las Sentencias de 2 de diciembre de 1888, que permite al juez condenar en costas al vendedor citado en evicción, pero sólo cuando reemplace al demandado. Por el contrario, la Sentencia de 11 de octubre de 1993 considera que, si el vendedor recurre y vence, no por ello implica que las costas deban ser impuestas al demandante, por cuanto no se debe a él su presencia en el juicio: «la estimación de este motivo provoca la estimación del recurso sin necesidad de entrar en el estudio de los restantes

de advertir que tratándose de la jurisdicción ordinaria, el principio de gafa la imposición de costas es el de vencimiento objetivo, sin perjuicio de las consabidas excepciones si «el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho» (art. 394.1 *in fine*, LEC)⁹⁹.

El siguiente de los epígrafes que desglosa el artículo 1478 del Código civil para la indemnización debida por saneamiento eviccionario es el relativo a «los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador». Las normas sustantivas que rigen la materia pueden calificarse de bastantes restrictivas en cuanto a la categoría de los desembolsos contemplados por causa de un contrato. Por consiguiente, debe procederse a su integración analógica con el conjunto de costes de distinta especie que puedan derivarse de realizar un acuerdo. La clase de gastos recogidos *expressis verbis* se circunscriben a los «de otorgamiento de escritura», que «serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario» (art. 1455 CC). Este sistema, debidamente ampliado, implica que sea el transmitente quien asume los costes notariales, como parte de la entrega efectiva del bien que le corresponde hacer (cfr. art. 1461, *in initio*, CC)¹⁰⁰, a salvo de otro acuerdo en contra. Luego, *prima facie*, sobran las reservas que al respecto contempla el artículo 1478.4 del Código civil. En perfecta consonancia con lo anterior, a su vez, el artículo 1465 del mismo Cuerpo legal determina que «los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial». Ahora bien, la entrega no es propiamente un gasto del contrato, sino de su perfección, y además queda inserto en el sistema ya descrito, si bien el transporte, salvo pacto en contra, corre a cargo del comprador que ha de ser repuesto en el desembolso por el vendedor en el caso de la evicción

motivos, con la consiguiente revocación y anulación parcial de la sentencia recurrida en el sentido de absolver al recurrente (...) de la demanda formulada por la actora, sin que, no obstante esta absolución, proceda imponer las costas de la primera instancia a la actora en cuanto que el ahora recurrente no fue llamado a juicio a instancia de aquella, circunstancia que justifica la no imposición de las costas a tenor del artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; no procede hacer especial condena en las costas causadas en la segunda instancia ni en este recurso de casación, de conformidad con los artículos 740 y 1715 de dicha Ley».

Véase al respecto, por extenso, DURÁN RIVACOBA, *Evicción...*, pp. 244 y ss.

⁹⁹ El hecho contrasta con el régimen de condena en Costas establecido en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuyo artículo 139.1 proclama el criterio de su imposición si se aprecia temeridad o mala fe en instancia, pero el artículo 139.2 establece la pauta del vencimiento objetivo en recurso.

¹⁰⁰ No me parece aventurado poner en relación este precepto con el artículo 1462, párrafo 2 del propio Código civil, a cuyo tenor «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

consumada. Téngase presente que una cosa es poner a disposición del destinatario del objeto y otra su entrega física. Como digo, los gastos *in genere*, son más amplios que los de la escritura pública y también abarcan, por ejemplo, los correspondientes a las cargas fiscales¹⁰¹, que seguirán el régimen establecido en beneficio de la indemnidad del comprador privado *a posteriori* del bien por evicción. Hay otros con idéntico perfil, del estilo del asiento en el Registro de la Propiedad¹⁰² o los propios de gestoría, en su caso¹⁰³. En último término, entre de los conceptos por los que responde quien ha de sanear *ex evicción*, consta la partida más abstracta de todas las previstas en el artículo 1478 del Código civil. Además, resulta de un alto interés jurídico, en la medida en que también es la única que guarda estrecha correspondencia con la conducta observada por el transmitente. Por lo tanto, evoca el vínculo entre las normas relativas al incumplimiento contractual y a la evicción, cuyo debate ha producido abundante literatura jurídica sobre sus respectivas naturalezas¹⁰⁴.

Por último, el número 5 de la citada disposición contempla el resarcimiento de «los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe». La formulación concreta de la presente cláusula de residuo debe considerarse desafortunada, porque mezcla distintas partidas, sujetas a un régimen material diverso, según se aprecie buena o mala fe por parte del vendedor. La extraña mistura trae consigo complicaciones que se hubieran evitado escindiendo mejor los distintos capítulos, máxime cuando algunos de los que constan en el artículo 1478 del Código civil son de contenido vago. Parece que se dejan para el final las más señaladas causas de pedir, que se unifican y confunden. El precepto se ve necesitado del análisis específico de cada faceta que incorpora, pero comenzando por su presupuesto básico acerca de la mala fe. Se ha concluido que, con alto paralelismo a cuanto se dispone acerca de la posesión, la mala fe del transmitente consiste, *grosso modo*, en su conciencia de transferir una cosa que reúne las características para ser eviccionada

¹⁰¹ Cfr. GONZÁLEZ POVEDA, *op. cit.*, p. 97; NAVARRO PÉREZ, *op. cit.*, p. 158; GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 305; TORRALBA, *op. y loc. cit.*, p. 944; y RODRIGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 283.

¹⁰² Ha de considerarse al respecto que si la escritura de transmisión accede al Registro se hará francamente dificultosa la pérdida eviccionaria como hipótesis, por obra del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

¹⁰³ Cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 210; y LASARTE, *op. y loc. cit.*

¹⁰⁴ La doctrina insiste sobre los paralelismos entre ambas disciplinas jurídicas, pues el artículo 1478.5 del Código civil procede del artículo 1101 del propio Cuerpo legal (cfr. OYUELOS, *op. cit.*, p. 245; y NAVARRO PÉREZ, *op. cit.*, p. 158). Asimismo existe analogía con el artículo 1107, párrafo 2, del mismo Código (cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 211; BORRELL, *op. cit.*, p. 140; y BADENES, *op. cit.*, p. 642, quien, sin embargo, estima más generosa la evicción que las normas de incumplimiento).

y ocultar este dato tan relevante al comprador. Con dicha base, se comprende mejor que la mala fe no deba ser presumida, según el mandato expreso recogido para la materia en el artículo 434 del Código civil. Asimismo, alcanza su analogía que la prueba recaiga sobre quien la reclame. Todo ello implica un *plus* de dificultad en la práctica, incluso al límite obstativo de las previsiones contenidas en el artículo 1478.5 del Código civil. Frente a esta situación, la contraparte ha de salvaguardar su buena fe, como absoluto desconocimiento del vicio jurídico en que incurre la transferencia, para merecer la protección que le dispensa la citada norma¹⁰⁵; entre otras razones, porque, de lo contrario, por lo común su derecho al saneamiento quedará frustrado.

El concepto de daños y perjuicios fue, hasta la fecha del Código civil, de obligada referencia para establecer el saneamiento por evicción, y resumía los distintos componentes que luego especificó el artículo 1478 de aquel Cuerpo legal. En este sentido, afirmaba la Sentencia de 3 de febrero de 1863 que «la evicción de que trata la ley 32, título 5, Partida 5, no solo comprende la devolución del precio entregado por la cosa de que es desposeído el que con justo título la adquirió, sino además el resarcimiento de daños y perjuicios con tal motivo sufridos»¹⁰⁶. A la luz de la doctrina expuesta, el carácter reparador de la norma destaca con todo su relieve. Esto significa, en su faceta negativa, que la evicción y el subsiguiente saneamiento no abarca de ningún modo percepciones fuera del ámbito del simple reequilibrio económico para el perjudicado. La Sentencia de 24 de diciembre de 1909 reafirma la idea: «debiendo subordinarse las obligaciones del eviccionista a las impuestas al comprador en la sentencia firme en que fue vencido, y no imponiéndosele por la misma la de devolver las pen-

¹⁰⁵ Cfr. LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, p. 62; y CASINOS, *op. y loc. cit.*

Resulta curioso, según creo, que la evicción tenga un notable componente objetivo, pero que acoche la mala fe con relativa frecuencia en su disciplina jurídica descrita en el Código civil. En efecto, el artículo 1476 la refiere para la renuncia y el artículo 1478.5 encuentra un signo de agravamiento en ella. Cada caso exclusivamente recoge la mala fe del vendedor, en correspondencia con la hipótesis característica en la que nos movemos. No obstante, de forma indirecta, el artículo 1478.2 del propio Cuerpo legal guarda implicaciones acerca de la mala fe posesoria del comprador, motivo que justifica la restitución de los frutos que haya sido condenado a entregar al tercero vindicante del bien.

Otro sector de la doctrina identifica la mala fe con el dolo y la conducta culpable: cfr. VICENTE, *Condiciones de no-responsabilidad*, en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1928, p. 569; SALINAS, *op. y loc. cit.*, p. 500; BLANQUER, *op. y loc. cit.*, p. 1177; MUCIUS SCAYOLA, *op. cit.*, p. 140; CASINOS, *op. y loc. cit.*; y TALLADA, *Cláusulas de exoneración de responsabilidad*, en «Información Jurídica», 1949, p. 592.

¹⁰⁶ En parecidos términos, alega la Sentencia de 15 de diciembre de 1873 que «si después no quisiese el vendedor amparar al comprador ó no lo pudiese defender á derecho, se halla obligado á volver el precio, con los daños y perjuicios que se ocasionen al comprador». Cfr., asimismo, las Sentencias de 18 de abril de 1863 y de 31 de mayo de 1879.

siones cobradas, sino cuando los dueños de los bienes hiciesen la correspondiente conmutación de cargas, es visto que mientras tanto, tampoco tiene derecho a su vez el comprador para reclamarlas al vendedor, sin rebajar las consecuencias de la evicción, que únicamente autoriza al primero para reintegrarse de perjuicios irrogados, pero no de aquéllos sujetos a condición, mientras ésta no se cumpla». La cita de los daños y perjuicios en el marco de la mala fe del disponente, al menos resulta llamativa. Su *ratio* es doble: junto al elemento ético que persigue resarcir a la víctima de las lesiones que sufra por la evicción, consta el aspecto sancionador para quien a sabiendas añade al tráfico jurídico bienes que pertenecían en derecho a terceras personas¹⁰⁷. Los daños que ahora se recogen no constituyen sino aquellos que de alguna manera exceda el arquetipo que dibuja el mismo precepto. Es decir, los que superen las más características pérdidas económicas que la norma describe con arreglo a sus primeros cuatro números hasta el momento vistos. Luego este residuo abarca otros menoscabos en el patrimonio del comprador que conocidamente se deriven, aunque no con carácter típico, de la evicción. En otros términos, como parece que para los daños emergentes basta con las partidas que se determinan en los anteriores epígrafes, he de concluir que se refiere más bien al lucro cesante¹⁰⁸, con arreglo a la expresión acogida en los artículos 1106 y 1107 en sede de incumplimiento, con el cierto grado analógico defendido¹⁰⁹, cuyo monto, por la mala fe del vendedor, admite cuantos perjuicios de la evicción «conocidamente se deriven» (art. 1107, pfo. 2, CC).

Aparte de los daños y perjuicios, específicamente contempla el artículo 1478 del Código civil lo relativo a los intereses, que componen el saneamiento en el caso de la mala fe del obligado. Su alcance práctico no resulta fácil de proponer con certeza. Con arreglo al primer ordinal del precepto que lo contiene, la cuantía de la indemnización abarca como parte prioritaria el reembolso del valor de la cosa en el

¹⁰⁷ Cfr. OYUELOS, *op. cit.*, p. 245.

El hecho resulta por entero compatible con posibles acuerdos que objetiven el daño, como sucedía en las *stipulationes duples*. Incluso, a juicio de GÓMEZ DE LA SERNA, aparte de restituir el precio y los perjuicios causados, el vendedor «pagará además la pena del doble si en ello hubieren convenidos», que, sin otra expresión complementaria, es del precio, en correspondencia con la cita de las Partidas 5, 5, 32 (cfr. *op. cit.*, p. 232). Ya sabemos que otra opinión doctrinal estimaba que cuanto debería devolverse no era el duplo del precio, sino del valor (cfr. MARICHALAR, *op. cit.*, 276), si bien depende de los términos que se vieran en el pacto.

¹⁰⁸ A este mismo significado relativo al lucro cesante y el daño emergente apunta la Sentencia de 10 de octubre de 1980.

¹⁰⁹ «La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor» (art. 1106 CC).

tiempo de su pérdida. Carece de sentido que, vía de intereses, se resuelva de manera contradictoria el verdadero significado del giro «precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción», cuyo debate se ha resuelto¹¹⁰. Si se hubiese sostenido que precio significa lo pagado en su día, los intereses se imponen de suyo, para obtener la respuesta debida del ordenamiento al carácter resarcitorio de la obligación de sanear, pero, ya formulado que su verdadera esencia exige devolver lo que vale la cosa en el instante de la pérdida, no hay causa para tratar ahora de unos intereses al menos extraños. Además, la revalorización de la cantidad reconocida en sentencia se produce de modo automático (cfr. art. 1108 CC). Por último, tampoco es desdeñable la tesis que afirma la compensación de los intereses con los frutos obtenidos de la tenencia del bien antes de su rescate por el tercero. En efecto, tanto si el comprador hizo suyos los frutos sin devolución al vindicante, habida cuenta de su buena fe posesoria, como cuando deba entregarlos, pero les resarza en ellos el obligado, siempre logra el rendimiento económico en que consisten, el cual no puede acumularse con los intereses, que son absorbidos por estas circunstancias de la indemnización¹¹¹. Acaso nos arrojen más luz acerca del dilema las palabras de GARCÍA GOYENA, para quien si el vendedor, aunque sea de mala fe, no tiene defensa posible y consigna el precio —*sic*, valor de la cosa en el momento de la pérdida— se libera de los réditos a partir de dicho instante¹¹². Por lo tanto, los intereses rigen sobre las cantidades debidas *ex* saneamiento y no satisfechas por el responsable desde que se origina su obligación; así, las que contemplan los cuatro primeros números del artículo 1478 del Código civil en compartimentos estancos pueden someterse a semejante medida correctora¹¹³.

¹¹⁰ Precisamente para la época en que su discusión perduraba, la Sentencia de 27 de enero de 1897 consideró que los intereses del precio formaron parte de la indemnización de daños y perjuicios.

¹¹¹ Cfr. MANRESA, *op. cit.*, p. 211; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 293; y GARCÍA CANTERO *op. cit.*, p. 307.

¹¹² Cfr. *op. cit.*, p. 391.

¹¹³ Cfr. LASARTE, *op. cit.*, p. 247; BADENES, *op. cit.*, p. 643; GARCÍA CANTERO *op. cit.*, p. 308; BONET RAMÓN, *op. cit.*, nt. 261, p. 250; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 293; MANRESA, *op. cit.*, p. 211; y BORRELL, *op. cit.*, p. 140.

Sin embargo, dos circunstancias interfieren en el asunto. La primera es que recoger de manera expresa la mala fe del vendedor al menos resulta inútil, pues ya de suyo. En efecto, quien transmitió ya conoce a estas alturas de la historia sin incertidumbres el carácter ajeno de la cosa, si bien acaso sea su mala fe sobrevenida entonces, y no tuvo que ocultarse de intento al adquirente, estricta hipótesis prevista. La segunda, es que, declarada en sentencia la deuda, ésta se actualiza de acuerdo con lo previsto en el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos».

Junto a los daños conocidamente inferidos con la evicción y los intereses de las cantidades adeudadas desde que se debe resarcir, también contempla el Código para el supuesto de la mala fe del *tradens* reponer al comprador en «los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato»¹¹⁴. Esta identificación entre la naturaleza voluntaria y prescindible de tales desembolsos me parece muy ajustada con el modo en que los hechos se producen, pues la innecesariedad es un atributo de su carácter por entero libre. Los gastos necesarios se han asumido ya en la partida correspondiente al valor del bien (cfr. art. 1478.1 CC) o en la devolución de los frutos o rendimientos en que se viertan (cfr. art. 1478.2 CC). Tratándose de impensas ornamentales, no han de haberse separado de manera independiente —gracias al *ius tollendi* que asiste al desposeído en virtud del artículo 454 del Código civil¹¹⁵—, pues la liquidación del estado posesorio que lo permite impediría que también se indemnizara su gasto, para no incurrir en reparaciones injustas¹¹⁶. Por eso mismo, se ocupa la norma de los gastos de recreo u ornato, habida cuenta que los necesarios están bajo la órbita de las liquidaciones posesorias por las que deba responder el vencedor en juicio¹¹⁷, según advertía la Sentencia de 24 enero de 1860: «las mejoras necesarias y útiles (...) deberán ser abonadas por el verdadero señor, que es quien viene a recibir todo el beneficio que en ellas han resultado», pero, a partir del Código, abonando los gastos necesarios y útiles, incluso con derecho de retención de su disponente (cfr. art. 453 CC).

o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley». Luego los intereses corren sobre las cantidades establecidas en el artículo 1478 del Código civil desde que la pérdida eviccional se produce y hasta el pago voluntario a instancias del deudor o, como alternativa, su reconocimiento en sentencia firme, momento a cuyo partir rige un aumento de dos puntos al interés legal establecido.

¹¹⁴ La doctrina encuentra la base del asunto en los antecedentes representados por el Fuero Real 3, 10, 6 (cfr. VISO, *op. cit.*, p. 227; y FALCÓN, *op. cit.*, p. 215).

¹¹⁵ VISO alega la glosa 8.^a a las Partidas de GREGORIO LÓPEZ para justificar que, si el comprador se muestra negligente a la hora de solicitar las impensas en juicio, las pierde irremisiblemente (cfr. *op. cit.*, p. 225).

Con todo, advierte MANRESA que debería evitarse una doble percepción injusto en la hipótesis de que tales gastos aumentarían el valor de la cosa ya satisfecho por la vía del primer número del artículo 1478 del Código civil. Considera que la posible redundancia queda explicada por los orígenes comunes al Derecho francés de la norma, pero allí se repone sólo el precio y no el aumento del valor como en España (cfr. *op. cit.*, p. 211).

¹¹⁶ Considera LASARTE, sin embargo, que lo dispuesto en el artículo 1478.5 del Código civil constituye un régimen especial frente a cuanto manda el artículo 454 de idéntico Cuerpo normativo (cfr. *op. cit.*, p. 246).

¹¹⁷ Cfr. CASTÁN, *op. cit.*, p. 126; nr. 3; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, p. 245; GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, p. 308; y MUCIUS SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁸ Cfr. GARCÍA GOYENA, *op. cit.*, p. 392; OYUELOS, *op. cit.*, p. 246; y BORRELL, *op. cit.*, p. 141.

3.5. La irrevocabilidad eviccional de la expropiación

En parte distinta resulta la dificultad que se origina con motivo de la expropiación forzosa realizada y la posible irrupción *a posteriori* de demandas eviccionalas que impulsen individuos con mejores derechos. La interrogante principal concierne a si la expropiación ya realizada permite que un tercero imponga su derecho anterior, hasta el punto de vencer en juicio a la entidad pública beneficiaria.

La respuesta es inmediata, pues con arreglo al primer artículo de la Ley de Expropiación Forzosa en dicho proceso «se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». Es decir, las razones de utilidad pública e interés social afectan al objeto por sí mismo, al margen del titular. Si por avatares jurídicos se ventila frente a un dueño aparente, ya sea registral o fáctico, el *verus dominus* no puede luego impedir los efectos producidos, porque «para proceder a la expropiación forzosa será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado» (art. 9 LEF). Esta definición preliminar objetiva paraliza posible excepciones por razón del titular. En efecto, el artículo 33.3 de la Constitución española declara que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes»¹¹⁸, lo que *contrario sensu* significa que todos pueden verse privados de su elementos patrimoniales en dichas condiciones.

Luego no parece factible sobreponer al proceso expropiatorio una demanda eviccional posterior. En otros términos, la expropiación enerva los derechos anteriores sobre la cosa que pudiera un tercero argüir *a posteriori*. La causa fundante de la medida intervencionista

¹¹⁸ La Propia Exposición de Motivos de la Ley de Expropiación Forzosa citaba el artículo 10 de la Constitución de 1876, del que el artículo 1 de la hasta ahora vigente Ley de Expropiación trae su principio de autorización, se expresa en los términos de que «... nadie podrá ser privado de su propiedad, sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización». El artículo 32 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, en su párrafo segundo, amplía significativamente el principio, sin perjuicio de conseguir una más rígida formulación de los límites de legalidad. «Nadie podrá —dice— ser expropiado, sino por causa de utilidad pública o de interés social, previa la correspondiente indemnización, y de conformidad con lo dispuesto en las leyes». Es evidente la identidad de contenido de ambos preceptos con el de la vigente Constitución española que reproduzco.

en todo caso permanece incólume, al margen de los atributos dominicales que los ciudadanos puedan esgrimir, por lo que deviene imposible que tal evento de privación sobrevinida del ente público pueda suceder. Los principios de utilidad pública o interés social que justifican el ejercicio administrativo se imponen a las facultades propias de los individuos y operan con independencia de la personalidad de su propietario. Sea quien quiera éste, se halla directamente impelido por dichas circunstancias y será legítimo sujeto pasivo del proceso confiscatorio. La entidad pública con poderes en esta materia no puede verse sustraída del bien por intervención de un tercero también afectado por las causas objetivas que provocaron su ejercicio expropiatorio. En su caso, perduraría un debate acerca de la indemnización o justiprecio que deberá cambiar de destinatario si se demuestra que había persona con mejor derecho a la cosa expropiada¹¹⁹.

Ha de advertirse que los requisitos necesarios para una hipotética evicción hacen inviable que concurra una causa invalidante del procedimiento administrativo por indefensión del auténtico propietario. Cuando se inició el expediente constaba como *verus dominus* el sujeto que luego hubiera podido verse privado del bien a causa de un derecho anterior a su adquisición, pero que no puede prosperar frente al organismo público que interviene. Asunto distinto es que, dada la hipótesis de reversión en los casos previstos en la ley, el bien deba recibirse naturalmente por quienes ostentaban mejores derechos sobre su dominio, una vez atendidos en sentencia firme, supuesto para el cual sí aprecia evicción y saneamiento entre los particulares afectados, al margen de la decaída interferencia expropiatoria.

A la postre, cuando actúen de conformidad a sus prerrogativas en la materia, los poderes jurídicos consiguen un grado notorio en su excepcionalidad que frustra la propia evicción. En suma, sólo algunos actos de *imperium* hoy en día no perduran como causa obstativa de la evicción, si bien quedan algunos vestigios de privilegios del poder público en cuanto a las reclamaciones previas administrativas que son menester cumplir, con las salvedades ya expuestas.

¹¹⁹ Cfr. DE BUEN, *Notas a Colla y Capitant, Curso Elemental de Derecho civil*, IV, Madrid, 1949, p. 191, quien distingue las ventas judiciales y la expropiación de bienes. Así como para la primera admite la evicción, juzga excluida ésta en la segunda, que se sustituye por un pleito acerca del justiprecio, en cuyo apoyo aduce la doctrina contenida en las Sentencias de 16 de marzo de 1893 y 20 de octubre de 1931 (cfr. también GARCÍA CANTERO, *op. y loc. cit.*, p. 280).

POTENCIACIÓN DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE CONSUMO

POR

YOLANDA HERNÁNDEZ VILLALÓN

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO. 2. CAUSAS DE LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL. 3. EVOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES Y DENUNCIAS PRESENTADAS EN MATERIA DE CONSUMO. 4. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO EFICAZ DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 5. TIPOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE. 6. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN CONSUMO.

1. EL ARBITRAJE DE CONSUMO

El arbitraje de consumo es una institución jurídico-procesal que tiene por finalidad canalizar y resolver con carácter vinculante y ejecutivo las controversias surgidas entre empresarios y consumidores en relación con los derechos legalmente reconocidos de estos últimos respecto los productos, bienes y servicios puestos a disposición en el mercado siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito.

Esta figura se prevé en el artículo 31 de la Ley 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, también en la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, cuya Disposición Adicional Única establece su aplicación supletoria al arbitraje de consumo y el Real Decreto 636/1993 de 3 de mayo por el que se regula el sistema arbitral de consumo, normas estatales dictadas en virtud de la competencia exclusiva que el artículo 149.1.6 y 8 de la Constitución atribuye al Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil.

2. CAUSAS DE LA EXPANSIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL

En los medios de comunicación se encuentran a diario noticias relacionadas con los perjuicios sufridos por el ciudadano en materia de

consumo, por ejemplo, el aumento de las reclamaciones presentadas en el Banco de España por los clientes de banca, o el incremento de indemnizaciones por parte de las compañías eléctricas por los daños derivados de cortes indebidos en el servicio. El origen de estas actuaciones lo encontraríamos en el hecho de que los consumidores han ido tomando conciencia de lo necesario que es el ejercicio de sus derechos y obligaciones, propiciando un mayor número de reclamaciones, a pesar de no confiar en exceso en la obtención de una resolución rápida y satisfactoria a sus pretensiones.

Las Administraciones tienen la responsabilidad de garantizar la adecuada protección en este ámbito, así lo recoge el artículo 51 Constitución que recoge la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante los procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. El correlato normativo a nivel estatal, fue la Ley 26/1984 de 26 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 31 prevé que el Gobierno debe establecer un sistema arbitral, sin formalidades especiales y cuyo sometimiento al mismo fuera voluntario que resolviera con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas las reclamaciones, ofreciendo de esta manera una vía de resolución de conflictos, constituyendo corolario de esa previsión, la actual Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje. Sin embargo, la naturaleza de este tipo de arbitraje no implica que se «garantice administrativamente la protección de los intereses económicos de los consumidores», conforme se deduce del artículo 1 del Decreto 636/1993 de 3 de mayo que regula el Sistema Arbitral de Consumo¹:

«El sistema arbitral de consumo tiene como finalidad atender y resolver con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación a sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial».

La regulación garante de los derechos de los usuarios se desarrolla a nivel autonómico y en concreto en la Comunidad de Madrid, a través de la Ley 11/1998 de 9 de julio de Protección de los Consumidores y Usuarios y en el Decreto 152/2001 de 13 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la misma, existiendo

¹ Decreto 636/1993 de 3 de mayo se ha visto afectado por la Ley 60/2003.

tiendo en sendas disposiciones una referencia al Arbitraje convencional².

La importancia que el sistema arbitral de consumo ha adquirido como medio de solución de controversias en sectores con un tráfico jurídico masivo dada la aceptación general por las partes afectadas y dados los beneficios que supone la existencia de esa institución para el funcionamiento normal de las Administraciones Públicas ha hecho que se extienda su utilización desde su puesta en marcha, con carácter experimental en 1986, con la creación de las primeras Juntas Arbitrales.

En concreto, la aceptación del arbitraje de consumo desde un punto de vista objetivo se debería a la rapidez, y gratuidad del sistema, por el carácter vinculante de las resoluciones dictadas por las Juntas Arbitrales, es decir, los laudos, que tienen valor de cosa juzgada y ante el incumplimiento de los mismos puede instarse ejecución judicial.

Desde el punto de vista subjetivo, el sistema arbitral articula un mecanismo que produce beneficios para tres partes:

- el ciudadano obtiene una compensación directa por los perjuicios que se le hayan irrogado al adquirir un bien o disfrutar de un servicio;
- el empresario evita someterse a procedimientos sancionadores eludiendo, en su caso, la correspondiente sanción, así mismo si se encuentra adherido al sistema arbitral consigue publicidad gratuita en determinados medios de comunicación, accede a subvenciones específicas de conformidad con el artículo 40 del Decreto 152/2001 de 13 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la citada Ley 11/1998 de 9 de julio de Protección de los Consumidores en la Comunidad de Madrid, e interviene en foros empresariales;
- las Administraciones Públicas ven reducido el número de expedientes sancionadores reportando una disminución de actividad administrativa, tanto previa a la apertura del expediente y que tiene por objeto la determinación de la infracción, como posterior al expediente sancionador, manifestada en el uso de los recursos administrativos³, y posteriormente, contencioso-administrativos.

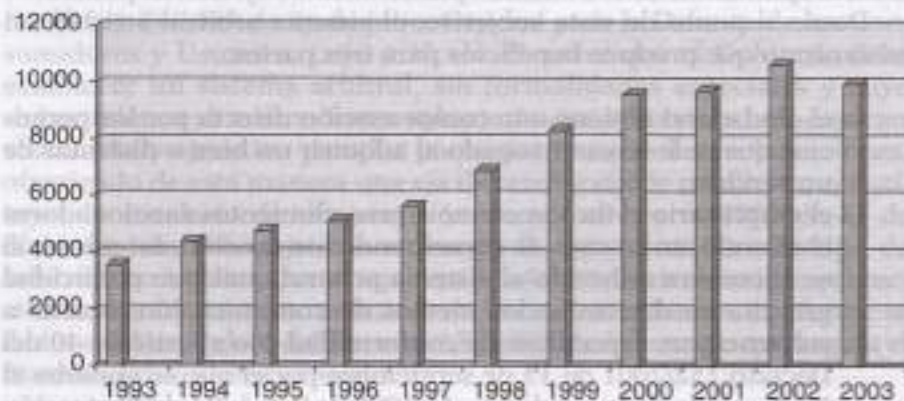
² En la Ley 11/1998 de 9 de julio se regula en los artículos 29 a 32 «La reparación de daños» y en el Decreto 152/2001 de 13 de septiembre en los artículos 38 a 40 bajo la rúbrica «Arbitraje de Consumo».

³ Recurso de alzada o potestativo de reposición en virtud del artículo 107 Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

3. EVOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES Y DENUNCIAS PRESENTADAS EN MATERIA DE CONSUMO

El paulatino interés del ciudadano por obtener información concerniente al ejercicio de los derechos como consumidor ha ido propiciando un incremento anual en el número de reclamaciones presentadas y canalizada por el Sistema de Orientación del Consumidor, pasándose de 3.580 en 1993 a 10.607 en 2002, sin embargo, hay que destacar, la ruptura de esa tendencia alcista en el año 2003 al producirse 707 reclamaciones menos que el año anterior⁴:

TRAYECTORIA DE LAS RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONSUMO



La concienciación por parte del consumidor de sus derechos y obligaciones le ha facilitado las armas necesarias para proteger sus intereses en su actividad consumista diaria, pudiendo llegar a evitar los conflictos que originarían las correspondientes reclamaciones, siendo una de las causas que incidirían en la aparente disminución de reclamaciones en el año 2003.

Así mismo, se presentaron en 2003, 1.261 denuncias más que en 2002, canalizadas a través del Servicio de Inspección y Control⁵:

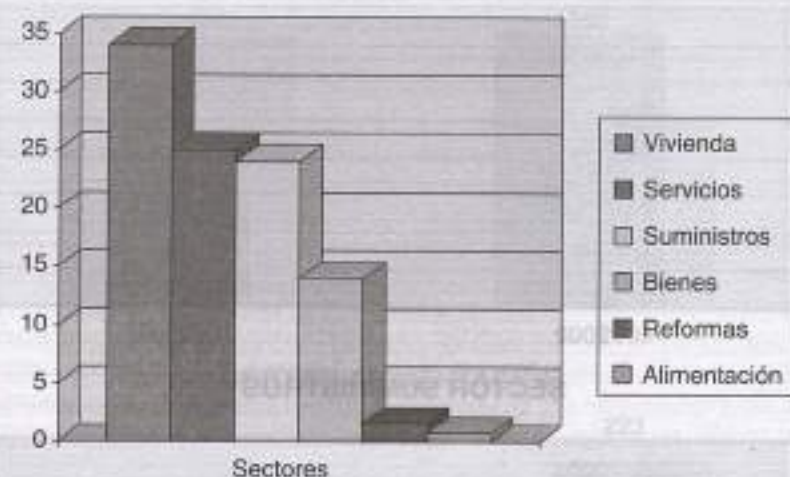
⁴ Balance General 2003, Servicio de Orientación al Consumidor del Instituto Regional de Arbitraje de la Comunidad de Madrid, Consejería de Sanidad y Consumo.

⁵ Balance General 2003, Servicio de Inspección y Control del Instituto Regional de Arbitraje de la Comunidad de Madrid.

- Denuncias aceptadas en el año 2002: 452
- Denuncias aceptadas en el año 2003: 1.713

Efectivamente, la demanda de información respecto la legislación de consumo es una realidad social para la que es necesario contar con los mecanismos adecuados de respuesta, de ahí que en virtud de la inversión administrativa autonómica que ha destinado más de 895.000 euros a la promoción de los derechos del consumidor, se esté pudiendo dar respuesta a las consultas planteadas en el Servicio de Orientación al Consumidor y se haya incrementado el número de denuncias tramitadas por el Servicio de Inspección:

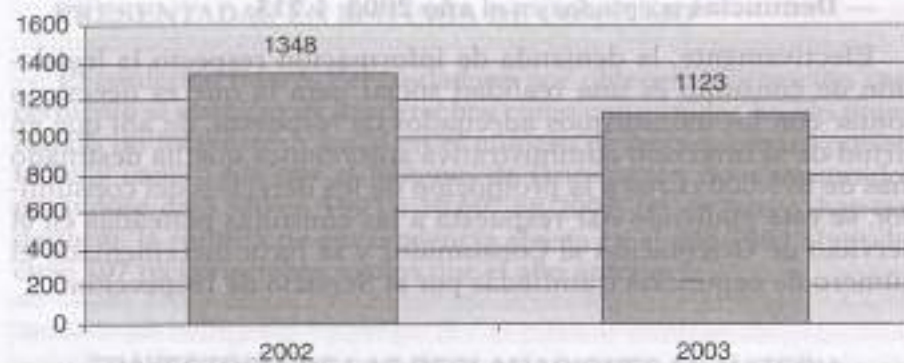
CONSULTAS EN EL 2003 SOLICITANDO INFORMACIÓN POR SECTORES



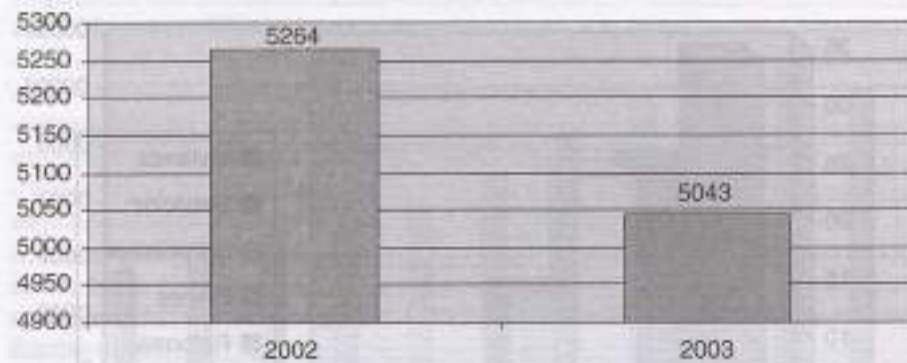
El consumidor que dispone de más información puede defender mejor sus derechos, de ahí que en las materias en las que se realizaron más consultas, es decir, en vivienda, servicios y suministros, disminuyeron el número de reclamaciones⁶, y por el contrario aumentaron las relativas a bienes (teléfonos móviles, automóvil nuevo, muebles y textil) y alimentación (subsector grandes superficies) como puede comprobarse a continuación:

⁶ El número total de reclamaciones presentadas en 2003 fue de 9.900; de las cuales el 47,5% se formalizaron directamente por particulares, 36,1% por OMICs, 13,6% por las CC.AA., 0,6 por Asociaciones de Consumidores y 2,7 por otros organismos.

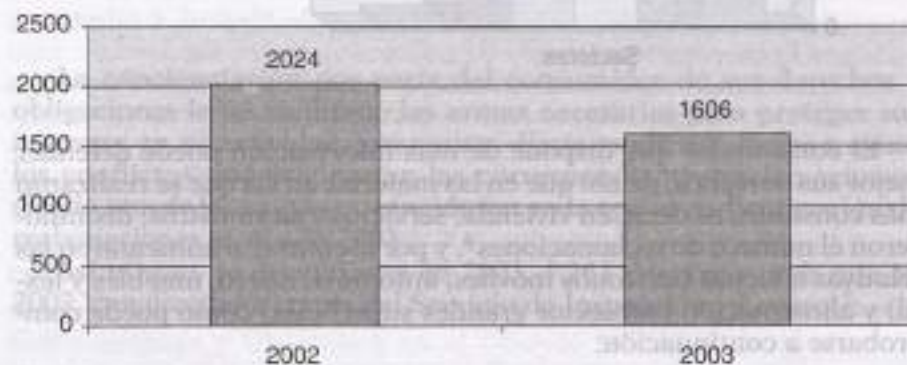
RECLAMACIONES EN EL AÑO 2003⁷: SECTOR VIVIENDA



SECTOR SERVICIOS

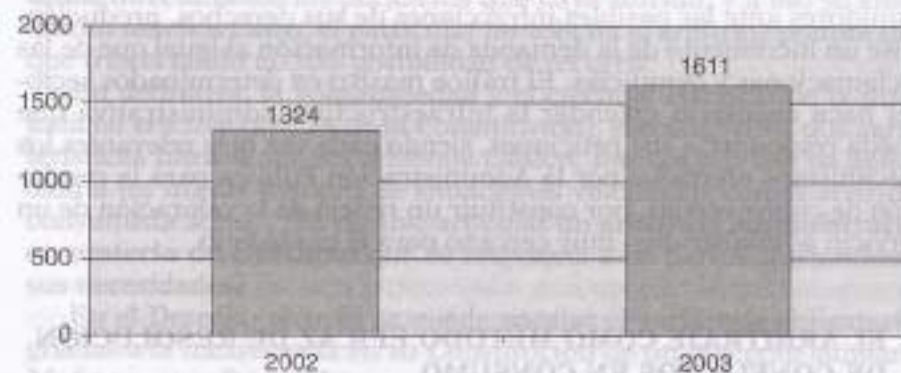


SECTOR SUMINISTROS

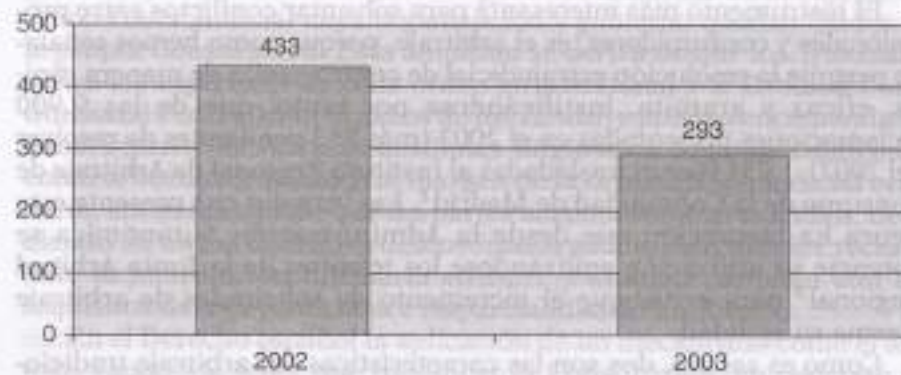


⁷ Servicio de Orientación al Consumidor de la Dirección General de Consumo perteneciente en ese momento a la Consejería de Economía e Innovación Tecnológica de la Comunidad de Madrid. A raíz de la creación del Instituto Regional de Arbitraje de Consumo por Decreto 246/2001 de 18 de octubre, y su andadura en solitario a partir del tercer trimestre de 2001, propició que desde el 2002 fuera efectiva la desvinculación entre el Servicio de Orientación y el Instituto Regional de Arbitraje y Consumo.

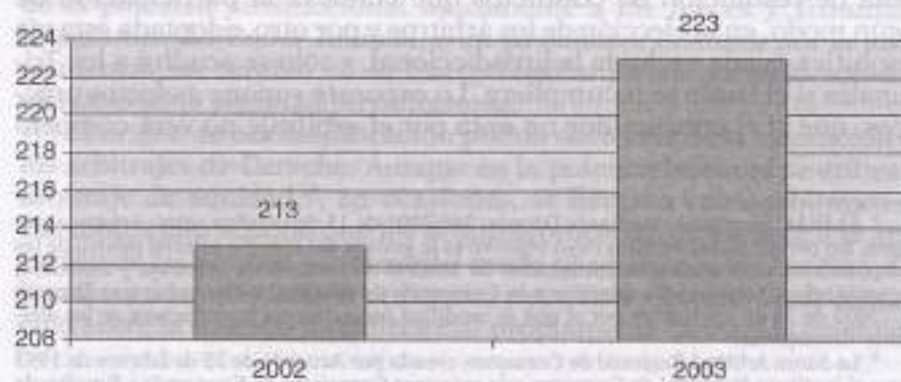
SECTOR BIENES



SECTOR REFORMAS



SECTOR ALIMENTACIÓN



mo por Decreto 246/2001 de 18 de octubre, y su andadura en solitario a partir del tercer trimestre de 2001, propició que desde el 2002 fuera efectiva la desvinculación entre el Servicio de Orientación y el Instituto Regional de Arbitraje y Consumo.

En definitiva, cada vez existe más inquietud por parte de los consumidores ante las posibles infracciones de sus derechos, produciéndose un incremento de la demanda de información al igual que de las reclamaciones y denuncias. El tráfico masivo en determinados sectores hace necesario extender la infraestructura administrativa que pueda responder a sus peticiones, siendo cada vez más relevantes los mecanismos ofertados por la Administración Pública para la resolución de controversias, por constituir un reflejo de la valoración de un servicio administrativo muy cercano para el ciudadano.

4. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO EFICAZ DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CONSUMO

El instrumento más interesante para solventar conflictos entre profesionales y consumidores, es el arbitraje, porque como hemos señalado permite la resolución extrajudicial de controversias de manera rápida, eficaz y gratuita, justificándose por tanto, que de las 9.900 reclamaciones presentadas en el 2003 (más 853 pendientes de resolver del 2002), 1.731 fueran trasladadas al Instituto Regional de Arbitraje de Consumo de la Comunidad de Madrid⁸. Las ventajas que presenta esta figura ha favorecido que desde la Administración Autonómica se potencie su utilización agilizándose los trámites de la Junta Arbitral Regional⁹ para evitar que el incremento de solicitudes de arbitraje merme su agilidad.

Como es sabido, dos son las características del arbitraje tradicional, por un lado, la voluntariedad de las partes de someterse a este sistema de resolución de conflictos que conlleva la participación de algún modo, en la elección de los árbitros y por otro, adoptada esta vía resolutoria queda excluida la jurisdiccional, y sólo se acudiría a los Tribunales si el laudo se incumpliera. Lo expuesto supone a efectos prácticos, que si el consumidor no opta por el arbitraje no verá compen-

⁸ El IRAC fue creado mediante Decreto 246/2001 de 18 de octubre como órgano autónomo, sin personalidad jurídica cuyo objetivo es la gestión del sistema arbitral dentro de las competencias atribuidas a la Comunidad de Madrid en materia de arbitraje y consumo, encontrándose actualmente adscrito a la Consejería de Sanidad y Consumo tras Decreto 227/2003 de 24 de noviembre por el que se modificó parcialmente la estructura de las diferentes Consejerías.

⁹ La Junta Arbitral Regional de Consumo, creada por Acuerdo de 25 de febrero de 1993 entre el Instituto Nacional de Consumo y la entonces Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid, que es órgano dependiente del Instituto Regional de Arbitraje y Consumo de la Comunidad de Madrid. Las Juntas Arbitrales se regulan en el RD 6363/1993 de 3 de mayo y les atribuye la facultad de formalizar los convenios arbitrales, y designar a los miembros del Colegio Arbitral.

sados directamente los perjuicios que haya sufrido, y a eso se añade que en muchos casos, el particular no solicita el arbitraje porque sabe que tras el laudo no hay posibilidad de recurrir.

En definitiva, la voluntariedad y el cierre al ejercicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), precisamente, dos características intrínsecas del arbitraje clásico, limitan *a priori* su aplicación a un mayor número de situaciones vinculadas con la actividad consumista actual. ¿Es posible articular un **arbitraje administrativo en materia de consumo** que dé respuesta a las partes ajustándose a sus necesidades?

En el Derecho alemán se puede encajar el «arbitraje obligatorio» gracias a la inexistencia en su Constitución de un precepto similar al 24 de nuestra Carta Magna, y a que encomiendan el ejercicio de la potestad jurisdiccional a «jueces» pero sin delimitar su encaje en un único Poder Judicial cuya organización y gobierno quedan fijados en la propia Constitución. Esta amplitud se deriva de que los Tribunales (salvo los superiores de cada orden jurisdiccional y el Tribunal Constitucional Federal) son órganos de los *Länder* y pueden encomendar el conocimiento de ciertas cuestiones litigiosas a órganos calificados como arbitrales y situados al margen de la organización judicial ordinaria, sin necesidad de que las partes acepten someterse a ellos, decidiendo de forma definitiva determinados asuntos sin ulterior recurso ante la jurisdicción ordinaria siempre y cuando cumplan con los requisitos de independencia e imparcialidad de los jueces.

En el Derecho español la aplicación de un mecanismo como el alemán supondría tener que modificar la Constitución, en concreto su artículo 24 y en concordancia el artículo 117 que atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional únicamente a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, o en su defecto, existiera por la jurisprudencia un cambio en la interpretación jurisprudencial sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

El origen de esa modificación podría derivarse de la valoración de los arbitrajes de Derecho. Aunque en la práctica habitual se utiliza el arbitraje de equidad¹⁰, en ocasiones, se llevan a cabo arbitrajes de Derecho y ello supone que los árbitros proceden en esencia a la aplicación de las normas jurídicas del modo que lo hacen los Jueces y Tribunales en la jurisdicción ordinaria, y por tanto, el intento de separación entre la función jurisdiccional propiamente dicha y la efectuada

¹⁰ El arbitraje de equidad ha sido delimitado, entre otras, por STC de 16 de marzo de 1988 y STS de 28 de diciembre de 1998, el «personal, subjetivo y pleno arbitrio sin fundamento que el leal saber y entender del árbitro, que no viene obligado a la motivación jurídica».

en un arbitraje de Derecho parecería más una ficción justificada desde un punto de vista conservador del Poder Judicial, que una realidad.

No obstante, ante la dificultad de variar una concepción tan arraigada en nuestro ordenamiento, convendría analizar si con la normativa española existente, sería viable un arbitraje administrativo y si éste pudiera ser obligatorio.

El arbitraje administrativo se caracteriza por representar una intervención administrativa que no ha sido solicitada por las dos partes enfrentadas, cuyo fruto va a ser emitir un acto administrativo y por ende, susceptible de recurrir en la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa. Con carácter general hay que destacar como requisitos fundamentales de este tipo de arbitraje:

- 1.º Desde el punto de vista subjetivo, la actividad administrativa arbitral va a solventar conflictos surgidos entre particulares, individuales o colectivos, quedando excluidos aquellos casos en los que la propia Administración fuera parte directamente afectada, a efectos de no quebrar las garantías de imparcialidad y objetividad en la resolución del problema.
- 2.º Desde el punto de vista objetivo, la controversia suscitada ha de recaer sobre derechos privados o administrativos, nunca se tratarían cuestiones que recaen sobre potestades públicas.
- 3.º El arbitraje no supondría renuncia a la tutela judicial efectiva. No nos encontraríamos ante dos vías excluyentes entre sí, sino concurrentes.

Los argumentos tradicionalmente utilizados para criticar el arbitraje administrativo encontraban su justificación en el hecho de que uno de los sujetos fuera la Administración. En el Derecho comparado, el Derecho alemán acepta el arbitraje administrativo conforme se prevé en el parágrafo 173 de la *VwGO* (ley reguladora de la jurisdicción administrativa) entendiendo por administrativo el arbitraje mediante el que se resuelven cuestiones litigiosas encomendadas por el legislador a la jurisdicción administrativa siempre que se garantice el sometimiento del poder ejecutivo a la Ley así como el derecho fundamental a la tutela judicial frente a la actuación de los poderes públicos y además recaiga en materias sobre las que las partes tienen poder de disposición, de tal manera que en la práctica se limita su aplicación para dirimir «asuntos entre partes», es decir, materias en las que no hay relación de subordinación entre la Administración y los particulares o no se esté planteando la legalidad de un acto administrativo. En el Derecho francés existe una interpretación muy restrictiva del

arbitraje administrativo (cuando es parte la Administración) para evitar que se eluda por los poderes públicos el control judicial, y finalmente el derecho italiano considera que el arbitraje sólo puede entenderse como método voluntario de resolución de conflictos a raíz de la Sentencia 127/1977 de 14 de julio de la *Corte costituzionale*, siendo criticado por la doctrina (a diferencia de lo ocurrido en España tras la Sentencia homónima del Tribunal Constitucional 74/1995 relativa al arbitraje en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres de 1987), considerando que la voluntariedad no debía haber sido considerada por la *Corte* como elemento definitorio del arbitraje, sino modulable en función del caso y de sus condiciones.

Las críticas al arbitraje administrativo se producen como vemos, cuando la Administración es una de las partes en el conflicto.

Lo que se pretende es analizar la viabilidad del arbitraje administrativo como método de resolución de conflictos entre particulares, y en concreto, en el ámbito de consumo, por tanto ninguna de las limitaciones señaladas para el arbitraje clásico le serían predicables. Si bien es cierto que los detractores del arbitraje administrativo en materia de consumo defienden que no sería necesario por existir el arbitraje privado o en su defecto, la vía jurisdiccional civil que conocería del asunto, sin embargo, no habrá arbitraje si el consumidor no lo insta, o la empresa no se acoge a él, e instar un procedimiento en la vía civil, por reclamación de cantidad requiere presencia de abogado y procurador, y en ocasiones, los honorarios de los profesionales ascienden a una cuantía más elevada que la reclamada, sin olvidar que el campo de actuación del arbitraje administrativo entraría en juego respecto las denuncias que, tras las actividades dirigidas al esclarecimiento de los hechos, deben ser objeto de expediente sancionador. Si se llegara a un acuerdo satisfactorio para las partes en esta fase administrativa, se evitaría la posterior tramitación de recursos administrativos contra la sanción acordada y en su caso, los recursos ante la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa favoreciendo el desatascado de esta jurisdicción y se agilizaría la carga de trabajo de la Administración.

Esta figura que ofrecería la resolución de conflictos de forma extrajudicial, se considera más interesante para las partes afectadas que la opción existente en el ámbito administrativo, la vía sancionadora, donde el perjudicado no se ve indemnizado por los daños que haya sufrido al adquirir el bien o al haber sido destinatario de un servicio inadecuado y el empresario normalmente debe hacer frente a una cantidad mucho más elevada que la originaria del conflicto. Pero la búsqueda de implantación de este sistema resolutivo se encuentra con una ventaja y un inconveniente para la Administración tutelante

de su desarrollo: por un lado, se reduce el volumen de trabajo administrativo concerniente a la tramitación de expedientes sancionadores pero, por otro, disminuyen los ingresos procedentes de las sanciones impuestas que a su vez nutren las arcas públicas, a título de ejemplo en el año 2003 ascendieron a un total de 3.232.943. euros correspondientes a los 540 expedientes de consumo resueltos acordando la imposición de sanción.

Por último, a efectos de justificar la relevancia que podría adquirir el arbitraje administrativo en el ámbito de consumo señalar que frente a los que consideran que no corresponde a la Administración habilitar un mecanismo adicional para la resolución de los problemas entre ciudadano y empresario al existir instrumentos privados, porque ello supondría desvirtuar la naturaleza de las potestades administrativas que deben estar dirigidas únicamente a la protección y defensa de los intereses públicos, señalar que precisamente en virtud de esa característica esencial de la actividad administrativa, se considera que una manifestación del mandato constitucional contenido en el artículo 51 que solicita a los **poderes públicos garanticen la defensa de los consumidores y usuarios**, protegiendo, **mediante procedimientos eficaces**, la seguridad, la salud y sus **legítimos intereses económicos**, se refiere precisamente a la defensa «procedimental» de sus intereses, siendo justificada la pretensión de facilitar la articulación de un mecanismo administrativo que permita resolver los conflictos de forma satisfactoria para las partes.

En concordancia con lo expuesto, sería práctico prever la configuración del arbitraje administrativo en consumo, tal vez incluso de forma obligatoria, asumiendo la Administración Pública funciones arbitrales y quedando por tanto la actividad sancionadora, como última forma de resolver conflictos entre ciudadanos, que por otro lado, dado su carácter ejemplificativo le dota de especial repercusión.

Se trata de articular oficialmente actuaciones administrativas que de forma puntual persiguen esa finalidad conciliadora, como por ejemplo refleja el artículo 36 f) del Real Decreto 2960/1976 de 12 de noviembre que regula el Texto Refundido en materia de Viviendas de Protección Oficial, el cual establece que sin perjuicio de aplicar las sanciones procedentes, en las resoluciones de los expedientes sancionadores podrá imponerse, en su caso, a los infractores (...) la realización de obras de reparación y conservación y las necesarias para acomodar la edificación al proyecto aprobado, resolviéndose de forma administrativa un conflicto entre constructor y propietario cuyo objeto es la responsabilidad contractual del primero y que a falta de esta previsión administrativa debería llevarse a los Tribunales civiles, con

los gastos y retrasos que ello supone para el dueño, así como el atasco de los Juzgados.

Los objetivos del arbitraje administrativo obligatorio serían:

- Ofrecer la posibilidad de llegar a una solución equitativa para las partes a través de un sistema gratuito y rápido.
- Vender una imagen más eficaz de la actividad administrativa, porque la vía sancionadora refleja una imagen negativa tanto para los consumidores, que desaparecen tras iniciarse el expediente sancionador, como para el empresario, que deberá abonar cantidades más cuantiosas que las originarias.
- Garantizar la competencia en las correspondientes actividades económicas y una adecuada prestación de los servicios.

Para algunos autores, establecer un arbitraje administrativo en materia de consumo supondría vulnerar los derechos constitucionales del litigante obligado, concretamente su derecho a ejercer la tutela judicial efectiva, pero la propuesta barajada en este caso es la creación de un arbitraje administrativo cuyas resoluciones serían susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Esta figura existe de forma puntual en el Derecho español para dirimir cuestiones reguladas por leyes sectoriales, pretendiendo extender su actuación con carácter general como alternativa preferente a la tramitación de expediente sancionador. No obstante, también hay que tener en cuenta que la actividad administrativa arbitral dependería del respeto que la autoridad administrativa encargada de la resolución de conflictos sepa ganar para sí y sus decisiones, circunstancia que ya se ha consolidado con diferentes autoridades independientes, como la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, órgano administrativo que ejerce el arbitraje a diferencia de la concepción tradicional de órgano *ad hoc*, designado específicamente por las partes o por la institución arbitral para cada cuestión litigiosa.

El arbitraje de consumo hasta ahora, se ha identificado desde el punto de vista organizativo con el esquema de la Ley de Arbitraje, se les reconoce competencia a las Juntas Arbitrales de Consumo que a su vez pueden designar un «colegio arbitral específico» para cada controversia (art. 11 RD 636/1993), sin que la condición de árbitro o de miembro de ese colegio vaya unida a la de titular de un órgano administrativo¹¹.

¹¹ Al Acuerdo de 23 de abril de 2002 crea el Colegio Arbitral de Telecomunicaciones en la Junta Arbitral Regional de Consumo del Instituto Regional de Arbitraje de Consumo, que conoce en exclusiva de solicitudes de arbitraje de consumo presentadas por consumidores y usuarios que tengan por objeto quejas y reclamaciones relacionadas con el sector de las telecomunicaciones.

5. TIPOLOGÍA DE LA ACTIVIDAD ARBITRAL EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

En primer lugar, la articulación del arbitraje de consumo con carácter general se deriva del artículo 31 de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y de la Disposición Adicional Única de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje, requiriendo que exista libre sometimiento de las partes.

En segundo lugar, y pasando a la regulación sectorial existente, en el ámbito de la Propiedad Intelectual existe la Comisión Mediadora y Arbitral, *ex* artículo 153 de la Ley de Propiedad Intelectual¹², encargada de solventar conflictos «inter privados» en virtud de petición voluntaria de las partes. La Comisión desempeña esta actividad en las controversias que se plantean entre entidades de gestión, las asociaciones de usuarios de su repertorio y los entes de radiodifusión relativos a la explotación en virtud de autorización, contrato general o tarifa de los derechos de autor, cuando la gestión está encomendada a entidades de gestión (art. 153.2 a) de la Ley y arts. 9 a 20 del Reglamento).

En tercer lugar, existen las Juntas Arbitrales de Transporte *ex* artículo 37 de la Ley 16/1987 de 30 de julio de Ordenación del Transporte Terrestre, competentes para resolver, con efectos de la legislación general de arbitraje, las controversias de carácter mercantil surgidas en relación con el cumplimiento de los contratos de transporte terrestre cuando de común acuerdo sean sometidas por las partes intervinientes u otras que ostenten intereses legítimos en su cumplimiento.

En cuarto lugar, destacable es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, *ex* artículos 22 y 24 de la Ley 11/1998 General de las Telecomunicaciones, siendo uno de los supuestos más representativos de los que conoce en esta materia, el acceso de terceros a redes de distribución de distintos servicios.

Finalmente, cabría destacar la análoga situación en los servicios postales. El artículo 5.2 de la Ley 24/1998 establece que cuando se produzcan controversias entre los operadores de los servicios postales y los usuarios que no se hayan sometido a las Juntas Arbitrales, será competentes para resolverlas el órgano administrativo designado por el Ministerio de Fomento que reglamentariamente se determine. La norma reglamentaria establecerá los requisitos para la formulación de la queja por el usuario y el procedimiento a seguir para su tramitación, basado en los principios de celeridad y gratuidad, teniendo en

¹² Ley de Propiedad Intelectual regulada por Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, Real Decreto 479/1989 de 5 de mayo y Real Decreto 1248/1995 de 14 de julio.

cuenta que la resolución que se dicte se podrá recurrir ante los órganos judiciales contencioso-administrativos. Por otro lado, el artículo 5.3 de la citada Ley 24/1998 señala que el órgano administrativo designado se encargará de conocer a su vez de los conflictos surgidos entre el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal y otros operadores postales que realicen servicios incluidos en el ámbito de aquél, en relación con la existencia o no de los derechos exclusivos, la suficiencia o no de las garantías ofrecidas a los usuarios, la posibilidad de acceso a la red postal pública, y sobre la eventual producción de daños al operador que presta el servicio postal universal por la participación de otros operadores, reconociendo también expresamente por el apartado que la resolución que se dicte podrá impugnarse en la vía contenciosa-administrativa.

En el sector eléctrico la función de resolver los conflictos que se originan en relación con la gestión económica y técnica del sistema así como el transporte, en especial, los contratos relativos al acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, se atribuye a la Comisión Nacional de Energía *ex* Disposición Adicional 11.ª de la Ley 34/1998, apartados 3.º, 1.13 y 3.º 2.

En virtud de lo expuesto, en la actualidad, se podría determinar la actividad arbitral existente en el Derecho español atendiendo a los perjudicados en el conflicto en dos vertientes:

- 1.ª La controversia surge entre los propios operadores de un servicio: a falta de acuerdo entre operadores de un servicio y el titular de la red o el gestor de la misma, respecto la contratación de acceso precisamente a la red a cambio de contraprestación, conflictos que suelen suscitarse por el precio, el legislador encomienda a un órgano administrativo que resuelva la situación siendo su decisión impugnabile en vía contenciosa-administrativa.
- 2.ª La controversia se suscita entre usuarios y operadores: en los sectores de servicios postales o telecomunicaciones.

Esta intervención administrativa se caracteriza porque no requiere el consentimiento de las dos partes enfrentadas y la resolución que se obtenga se considera acto administrativo, impugnabile vía contenciosa-administrativa.

En materia de Telecomunicaciones, el artículo 1.2. e) de la Ley 12/1997 de Liberalización de las Telecomunicaciones regula el desarrollo de la potestad administrativa arbitral, por ejemplo, en relación a la capacidad de fijar las tarifas de acceso e interconexión en caso de desacuerdo, como reconoce el artículo 19.3 del Reglamento de la

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT)¹³, suscrito un acuerdo de interconexión, la C.M.T. será así mismo competente, en caso de conflicto entre las partes y a petición de cualquiera de ellas, para interpretar las cláusulas y condiciones de los acuerdos y para que su ejecución se haga de forma transparente y no discriminatoria, de tal manera que las resoluciones de la Comisión tendrán carácter vinculante y velará por su cumplimiento. La CMT desarrolla también una actividad arbitral en la determinación del valor añadido de suministro de conmutación de datos a paquetes o circuitos y servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática y del servicio portador de alquiler de circuitos, de conformidad con el artículo 19.4 del citado Reglamento de la CMT.

Los supuestos expuestos cuentan con su propia norma habilitante y no es necesario que se ajusten en todo a la Ley de Arbitraje que actuará supletoriamente. En todo caso, debe respetarse la Constitución y en especial el derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido y teniendo en cuenta las peculiaridades del arbitraje regulado sectorialmente se encuentra la posibilidad de sumisión al arbitraje por declaración individual, como se plasma en materia de telecomunicaciones (art. 7 del Reglamento), y consumo (art. 6 RD 636/1993) mientras que la Ley de Arbitraje exige siempre que el convenio se pacte como cláusula de otro contrato.

Como vemos, se admite en ciertos arbitrajes administrativos que el consentimiento común respecto la utilización del arbitraje se manifieste no en un acto bilateral único (el convenio arbitral) ni en dos documentos de idéntico contenido (sumisión expresa al arbitraje) que las partes intercambien, sino en dos actos separados unilaterales de distinto contenido, por un lado, la declaración unilateral de uno de los interesados, general y previa al nacimiento de la controversia y por otro, la solicitud de arbitraje del otro sujeto afectado, de tal manera se garantiza la característica de voluntariedad que no se podría alterar sin representar vulneración al artículo 24 de la Constitución, porque si se estableciera un arbitraje obligatorio se consideraría que la parte infractora vería limitado su derecho a acceder a los Jueces y Tribunales.

Para defender el arbitraje administrativo partimos de considerar que nos encontraríamos ante una actividad administrativa que dicta resoluciones administrativas y fiscalizables ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta clase de intervención administrativa no requiere un acuerdo previo de las dos partes del conflicto acordando expresamente el sometimiento de la controversia a la Administración,

¹³ El Reglamento de la CMT se aprobó por RD 1994/1996 de 6 de septiembre.

si no que ésta interviene en virtud de una potestad legalmente atribuida y por tanto, sujeta al Derecho administrativo.

La manifestación de la potestad administrativa de «resolución de conflictos», teniendo en cuenta los dos ámbitos de actuación dentro de la legislación sectorial española sería:

- La Administración, ya se trate de un órgano integrado o de una autoridad independiente, resolvería **conflictos entre usuarios y operadores**, como prevé expresamente la normativa en materia de prestación del servicio de telecomunicaciones o el postal. A título de ejemplo, en sector de las telecomunicaciones el procedimiento que se sigue se regula en el artículo 61 del mencionado Reglamento de la CMT, los usuarios presentan sus reclamaciones en las oficinas comerciales del operador y a falta de respuesta satisfactoria en el plazo de un mes, y siempre que el operador no se haya sometido al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Consumo, deberá reclamar ante la Secretaría General de Comunicaciones que resolverá mediante un acto que agota la vía administrativa y es susceptible de recurso ante el orden contencioso-administrativo.
- La resolución de conflictos mediante actos administrativos también puede afectar a **situaciones surgidas entre los diversos operadores**, y sobre todo, en lo relativo a los contratos de interconexión de redes y de acceso a terceros a las redes ajenas. En estos casos, la Administración puede dirimir estos casos siempre que una de las partes lo solicite. Las leyes sectoriales atribuyen esta competencia a la Administración con el fin de evitar que la lentitud del proceso judicial deje en suspenso la efectividad de los principios básicos de regulación de los servicios, inspirados fundamentalmente en el principio de libre competencia, por ser esenciales para los intereses generales como se deduce de la intensidad de regulación administrativa existente en la actualidad para garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados.

La Administración Pública persigue con la actividad arbitral la tutela de un interés público determinado. Es una función similar a la de los órganos encargados de conceder autorizaciones respecto actuaciones privadas que afectan a intereses públicos sólo que en este caso el control no se reduce al momento inicial y existen terceros beneficiarios interesados, los consumidores.

La conclusión inmediata sería que si bien la Administración está obligada a actuar sujeta a una imparcialidad subjetiva (art. 103.1

Constitución), en la actividad administrativa de resolución de conflictos no existe neutralidad administrativa porque la Administración persigue tutelar los intereses públicos de libre competencia y prestación adecuada de servicios, siendo lógico que se incline a favor del sujeto que defiende esas actuaciones, quedando justificado que la decisión adoptada para resolver el conflicto pueda ser recurrida.

La técnica administrativa arbitral busca encajar la identificación entre el interés público sectorial y determinados intereses privados, innatos a los consumidores y a los operadores que pretenden introducir competencia efectiva, dando lugar a que la intervención administrativa no se manifieste únicamente a través de los instrumentos clásicos, es decir, la autorización, la orden, o la sanción, sino también mediante la resolución de conflictos.

Efectivamente, para que estén justificadas constitucionalmente normas que encomiendan a la Administración resolver conflictos *inter privados* mediante resoluciones ejecutorias e impugnables en vía contenciosa-administrativa, es necesario que esos conflictos afecten de modo especial a algún interés público cuya tutela esté directamente encomendada a la Administración. La concurrencia de este requisito es clara en los casos mencionados. En los supuestos de telecomunicaciones, o del sector energético, la rápida solución de la controversia es necesaria para que un determinado mercado pueda funcionar en condiciones adecuadas de competencia, constituyendo el interés público el buen funcionamiento de ese mercado a través de la adecuada relación calidad, precios, siendo por tanto un interés que trasciende de los sujetos enfrentados, estando la Administración legitimada para su defensa. Así mismo, en los casos de consumo o transportes se entiende que el correcto funcionamiento de un determinado sector económico exige la previsión de formas de tutela alternativas, aunque no excluyentes, de la judicial para mitigar los inconvenientes de esta opción, como la lentitud del procedimiento o la desproporción del coste en relación a la cuantía de la pretensión o al objetivo de la misma.

A pesar de lo expuesto, podría considerarse que es insuficiente el intento de salvar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se derivaría del uso del arbitraje administrativo al impedir al «demandado» litigante ejercitar directamente el artículo 24 de la Constitución, pretendiendo considerar compensada esa limitación por el hecho de poder impugnar la resolución que ha solucionado vía arbitral el conflicto. En el ámbito de consumo supondría que se le estaría limitando el recurrir en la vía civil, pero ¿cuántos infractores de los derechos de los consumidores o de la libre competencia acuden a la jurisdicción civil o mercantil, con el fin de que se conozca sobre

un conflicto que ellos mismos han originado? Se justifica el rechazo a un método extrajudicial administrativo de resolución de conflictos rápido, gratuito y equitativo por entender que su uso vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de quien ha motivado el litigio. Parece una interpretación demasiado rigorista de ese derecho.

Se achaca que la intervención administrativa arbitral supone coartar el acceso a los Tribunales, pero el hecho de tener que esperar a una resolución administrativa arbitral no difiere del caso de tener que esperar a una resolución sancionadora para ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva. En el caso de que se presente una denuncia por vulneración de los derechos del consumidor, y no se solicitara por el ciudadano el arbitraje clásico ante las Juntas Arbitrales, o la empresa no aceptara someterse a él, si los hechos son susceptibles de ser sancionados se iniciará el correspondiente expediente sancionador y hasta que no se obtenga la correspondiente resolución sancionadora y se hayan agotado los recursos administrativos que pudieran corresponderle, el litigante «demandado» no podrá ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva en la vía contenciosa-administrativa, por lo tanto, ¿por qué no se considera limitado el derecho a acudir a los Tribunales cuando el sancionado debe esperar toda la tramitación administrativa para poder recurrir, y sí se entendería infringido el acceso a la vía jurisdiccional por tramitarse un arbitraje administrativo?, teniendo en cuenta además que la actividad arbitral produce efectos beneficiosos para los Tribunales porque delimita la pretensión facilitando el conocimiento del asunto al órgano jurisdiccional.

La otra vertiente del acceso a los Juzgados y Tribunales, la correspondiente al litigante «denunciante», no se vería afectada por la existencia de un sistema arbitral administrativo, sino que dentro de sus optativas para ver resuelto el conflicto podría contar con otra vía que aunque administrativa le ofrece la posibilidad de conseguir una compensación directa por los perjuicios que hubiera sufrido.

La carga de agotar previamente un determinado cauce procedimental no es en sí misma contraria al artículo 24 de la Constitución, una manifestación la encontramos en el procedimiento sancionador, únicamente puede producirse una vulneración cuando ese cauce fuera desproporcionadamente gravoso en relación con el interés público que lo justifica. El arbitraje administrativo no es un obstáculo al enjuiciamiento del fondo del asunto, sería dicho impedimento si fuera excesivo, o carente de razonabilidad respecto las finalidades para las que se establecen (SSTC 48/1995, 76/1996), circunstancias que como hemos visto, no concurren en esta figura.

Efectivamente, esta clase de actividad administrativa arbitral no dificulta acudir a los Tribunales, ni afecta a los derechos de defensa,

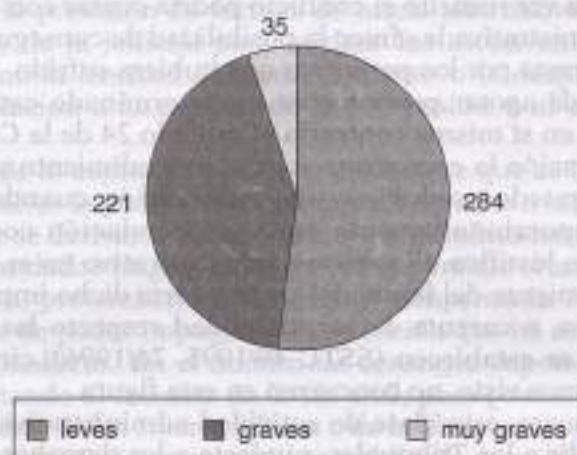
porque las potestades administrativas de carácter arbitral se justifican en la necesidad de resolver el conflicto rápidamente (aunque la decisión no es firme, siendo impugnabile en la vía contenciosa-administrativa) y actúan tras solicitarlo la parte perjudicada.

El arbitraje administrativo, supone un «desapoderamiento» de los órganos judiciales si las partes están conformes con la decisión adoptada, en cuyo caso, no se recurrirá vía judicial, pero ese «desapoderamiento» debe considerarse algo positivo porque está justificado en garantizar un interés público, y supone un «filtro» de los potenciales litigios judiciales. La Administración va a resolver conflictos de forma unilateral y ejecutoria antes de que los Tribunales puedan conocer sobre los mismos. En el caso de que lleguen a la vía judicial la intervención administrativa habrá permitido facilitar el trabajo de los órganos judiciales al haber delimitado previamente la reclamación.

Por otro lado, la implantación del arbitraje administrativo con carácter general el materia de consumo, aunque supondría una disminución de ingresos, vía sanciones, ofrecería una imagen más eficaz en la prestación de servicios por parte de la Administración, considerando que al hacerse más presente este método resolutivo que supone un contacto directo con el ciudadano, mejoraría la percepción de la actividad administrativa, y se estaría ofreciendo un procedimiento que respondiera a la previsión del artículo 51 de la Constitución.

En el año 2003, y desde un punto de vista cuantitativo los 540 expedientes sancionadores resueltos impusieron sanciones cuyo total ascendió a 3.322.943,41 euros.

EXPEDIENTES RESUELTOS POR CALIFICACIÓN DE LAS INFRACCIONES



El importe total señalado de 3.232.943,31 euros en concepto de sanciones se desglosaría del siguiente modo:

- 284 infracciones leves: 239.932,08 euros.
- 221 infracciones graves: 1.426.853,72 euros.
- 35 infracciones muy graves: 1.566.157,51 euros.

No obstante, la disminución de ingresos derivada de la reducción de expedientes sancionadores, a favor del número de arbitrajes administrativos, podría compensarse, entre otras posibilidades, por la reducción de gastos de publicidad que se destinan a promocionar la figura del arbitraje dado que la extensión de su uso favorecería su conocimiento.

Por otro lado, la cantidad anual correspondiente a las sanciones impuestas no son los ingresos reales que se producen, porque contra las resoluciones sancionadoras, los sancionados interponen los correspondientes recursos administrativos o contencioso-administrativos, y las estimaciones de algunos de ellos suponen la reducción de la cantidad inicialmente prevista en el ejercicio de la potestad sancionadora, así de los citados 540 expedientes sancionadores del 2003, 327 fueron objeto de recursos¹⁴.

Finalmente, destacar que se entiende que el orden contencioso-administrativo sea el competente para conocer de los recursos planteados contra las decisiones derivadas de un arbitraje administrativo. Las cuestiones que suelen ser objeto de este tipo de arbitrajes de conformidad con las leyes sectoriales que lo prevén, tienen un carácter mixto, fundado en dirimir asuntos surgidos *inter privatos* mediante el ejercicio de la potestad administrativa de «resolución de conflictos». La Administración no interviene en estos casos como un mero árbitro o un tribunal, sino como tutelante de un determinado interés público (normalmente la libre competencia) de manera que a la vez que resuelve el conflicto, es decir, interpreta las relaciones jurídicas sin modificarlas, adopta órdenes y prohibiciones a los particulares en nombre del correspondiente interés público, por tanto, nos encontramos ante una actuación materialmente administrativa, aun cuando en el conflicto haya una mezcla de aspectos públicos y privados, porque la intervención administrativa se justifica en la defensa del interés público, de ahí que su control corresponda en el fondo y la forma, a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

¹⁴ Doscientos dos recursos de alzada, 19 reposiciones, 3 revisiones, 2 reposiciones contra notificación de pago, 96 contencioso-administrativos, 2 providencias de apremio y 3 reclamaciones económico-administrativas.

6. APLICACIÓN DEL ARBITRAJE ADMINISTRATIVO EN CONSUMO

¿Sería posible en el ámbito de consumo articular un mecanismo similar al previsto en el artículo 5.2 Ley 24/1998 de Servicios Postales, o en el artículo 61 del Real Decreto 1736/1998 de 31 de julio que regula el Reglamento sobre el servicio universal en las Telecomunicaciones?

En sendos preceptos se prevé la posibilidad de que los usuarios siempre que no se hubieran sometido al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Consumo, puedan reclamar ante el correspondiente órgano administrativo. Se considera que sendos servicios, tienen una naturaleza pública que justifica la intervención administrativa.

Tanto el servicio postal como el de las telecomunicaciones, son manifestaciones de la actividad consumista, por tanto, si se regula el arbitraje administrativo para esos sectores, ¿se podría hacer extensivo para otros supuestos derivados del consumo?, incluso, ¿sería constitucional que tuviera un carácter obligatorio, en defecto del arbitraje en sentido estricto?

En virtud de todo lo expuesto, cabría analizar dos cuestiones relacionadas con la potestad administrativa de «resolución de conflictos» predicable en la Comunidad de Madrid.

- a) *El arbitraje administrativo aplicado con carácter general en controversias suscitadas en materia de consumo.*
- b) *¿Arbitraje administrativo obligatorio?*

Las características del arbitraje administrativo, voluntariedad (el usuario debe solicitarlo administrativamente), que exista un interés público que justifica la intervención de la Administración y ser revivable ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, no impedirían su aplicación para la resolución de controversias entre consumidores y empresarios, aunque dada la normativa española es más difícil defender la viabilidad de un arbitraje obligatorio.

a) El arbitraje administrativo en el ámbito de consumo dentro de la Comunidad de Madrid

En la normativa general autonómica de protección al consumidor¹⁵ nada se dice respecto a la figura del arbitraje administrativo, ni la

¹⁵ Ley 11/1998 de 9 de julio de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, y su Reglamento regulado por Decreto 152/2001 de 13 de septiembre.

regula ni la prohíbe, y tampoco se prevé en las leyes específicas relacionadas con el consumo.

No obstante, el artículo 71 de la Ley 1/1999 de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid plasma una opción parcialmente resolutoria del conflicto, concediendo la posibilidad de que antes o durante la tramitación del expediente sancionador se ofrezca al presunto infractor la posibilidad de reparar los perjuicios causados, o normalizar las irregularidades administrativas en las que hubiera incurrido. La existencia de este intento de conciliación se configura como un trámite de obligado cumplimiento para la Administración, debiendo informar al consumidor de su existencia para que pueda acogerse a la misma si lo estima oportuno. Si llegan las partes a una solución, la única consecuencia actual para el empresario es que verá reducida la sanción que se le imponga, es decir, con independencia de que se logre un acuerdo satisfactorio, el expediente sancionador continúa su tramitación, no resultando por tanto, muy motivador para el infractor ofrecer una compensación al afectado por los daños que le hubiera irrogado.

En este caso, la esencia de la actividad mediadora de la Administración es poner a disposición del consumidor un mecanismo que le proporcione, al menos, el foro adecuado para negociar con el empresario la vía que ponga fin al conflicto.

Este ejemplo puede sernos útil para justificar lo interesante que sería crear un arbitraje administrativo que pudiera dar respuesta a la demanda creciente de controversias suscitadas en el ámbito de consumo y que no fueran tramitadas por la Junta Arbitral de Consumo, bien porque el consumidor no solicita el arbitraje o bien porque el empresario no lo acepta.

Desde el punto de vista material, el sistema arbitral, requeriría el vehículo legal adecuado. En este sentido, destacar que el «desplazamiento» de un asunto desde el orden civil al contencioso no se opone a la Constitución —ex artículo 122.1, en concordancia con el artículo 28.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— siempre que se acredite la presencia de un interés público que la justifique en ese sector.

La tendencia alcista al uso de arbitraje es manifiesta como hemos comprobado, no sólo porque el consumidor cuenta con mayor información al respecto¹⁶, sino también por el constante incremento de

¹⁶ Con la idea de favorecer el acceso a la información en toda la región, la Comunidad de Madrid diseñó el Proyecto Alcance 2002-2005, con el fin de acercar los servicios de consumo a todos los ciudadanos de la región facilitando la creación de las Oficinas Regionales de Información al Consumidor (ORICs) en mancomunidades formadas por municipios pequeños y aumentando el número de OMICs.

número de empresas que se adhieren al sistema arbitral¹⁷. De ello se deduce lo positivo de este sistema, y que su extensión al mayor número de casos posibles, dentro de la constitucionalidad, es la mejor respuesta al tráfico masivo actual.

Desde el punto de vista organizativo, y a efectos de perfilar el órgano administrativo autonómico que podría asumir la potestad administrativa de «resolución de conflictos», es necesario tener en cuenta la vigente organización administrativa.

El Decreto 227/2003 de 24 de noviembre¹⁸ modificó parcialmente las estructuras de las diferentes Consejerías de la Comunidad de Madrid, atendiendo a un criterio delimitador de las competencias de nueva creación o de aquellas que resultarían modificadas.

El artículo 8 del citado D.227/2003 articula la Consejería de Sanidad y Consumo¹⁹, formada entre otras, por la Dirección General de Salud Pública, Alimentación y Consumo.

En virtud de la materia, para delimitar el órgano administrativo que podría encargarse de las reclamaciones presentadas por consumidores, siempre que no se hubieran sometido a la Junta Arbitral de Consumo, sería competente la Dirección General de Salud Pública, Alimentación y Consumo.

Desde el punto de vista formal, lo habitual, especialmente en los últimos años, es que la potestad de resolución de conflictos venga atribuida a la Administración en una norma con rango de Ley que suele hacer de cabecera de un determinado grupo normativo sectorial, sin embargo, existen casos en los que la habilitación se produce vía reglamentaria sin que la Ley sectorial correspondiente contenga ninguna referencia. Un caso lo encontramos en los reglamentos reguladores del servicio de telecomunicaciones, justificando la falta de habilitación normativa específica en la calificación de ese servicio como público.

En materia de consumo, se entiende que el correcto funcionamiento de un determinado sector económico es un interés claramente legitimador de la intervención administrativa a efectos de garantizar la economía de mercado, de ahí que la configuración constitucional de la protección a los consumidores se realice como principio rector de la política social y económica²⁰.

¹⁷ Páginas Naranjas del Consumidor de la Comunidad de Madrid, emitidas por el Instituto Regional de Arbitraje de la Comunidad de Madrid, edición 2003, donde se recoge la guía de empresas y profesionales adheridos al sistema arbitral.

¹⁸ BOCM de 25 de noviembre de 2003, núm.281, pág.7.

¹⁹ El IRAC se encuentra adscrito a la Consejería de Sanidad y Consumo, art. 8 D. 227/2003.

²⁰ El artículo 51 se configuró dentro de la Constitución inspirándose en los principios ya existentes a nivel internacional en materia de protección a los consumidores, «Carta de

Por tanto, a pesar de no regular las Leyes existentes en materia de consumo, ni a nivel estatal a través de la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, ni a nivel autonómico, la Ley 11/1998 de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, la potestad administrativa de solucionar controversias entre consumidores y empresarios, sería constitucional su previsión reglamentaria, y más teniendo en cuenta que respecto sectores concretos de consumo ya se emplea esa figura.

b) Viabilidad o no del arbitraje administrativo obligatorio

El arbitraje administrativo podría constituir un *plus* tendente a agilizar los conflictos que puedan originarse entre consumidores y empresarios, pero a pesar de ser un instrumento práctico y moderno, no es factible en nuestro ordenamiento jurídico configurarlo como obligatorio.

En el Derecho español encontramos un precedente de arbitraje obligatorio y fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional. El artículo 38.2 de la Ley 16/1987 de Ordenación del Transporte Terrestre, aunque no obligaba directamente a las partes a someter al arbitraje de las Juntas Arbitrales de Transporte determinados litigios contractuales, presumía que todo contrato incorporaba el correspondiente convenio arbitral, salvo cláusula en contrario, de tal manera que todo contratante estaba obligado en la práctica a recurrir al arbitraje y no a la vía judicial, a no ser que pudiera convencer de esto último a la otra parte, lo que en muchos casos era imposible al tratarse de contratos en masa. La STC 174/1995 de 23 de noviembre declaró inconstitucional ese precepto porque entendía vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los contratantes, al no poder acudir a los Tribunales para dirimir la cuestión por actuar de forma automática la Junta Arbitral de Transporte, excluyendo la posibilidad de instar un procedimiento civil. En este caso, se declaró inconstitucional un arbitraje impuesto por el legislador sin tener en cuenta la voluntad de las partes, teniendo en cuenta que la posible revisión jurisdiccional del laudo no era suficiente para entender respetado el artículo 24 de la Constitución, porque esa revisión que se preveía, se entendía reducida a un control formal y no material, teniendo en

protección de los consumidores» aprobada por Resolución 543, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa el 17 de mayo de 1973 y el «Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores», aprobada por Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975. En sendas normas se delimitan cinco categorías de derechos fundamentales del consumidor: a) derecho a la protección de la salud y la seguridad; b) derecho a la protección de los intereses económicos; c) derecho a la reparación de los daños; d) derecho a la información; y e) derecho a la representación.

cuenta que para solicitarla era necesario que concurriera alguna de las causas tasadas (art. 45 de la entonces Ley de Arbitraje de 1988) justificadoras de esa petición.

Efectivamente, dada la formulación regulada en nuestra Carta Magna respecto el acceso a la jurisdicción, la configuración del arbitraje, aun el administrativo, requiere que la voluntariedad sea un requisito fundamental de su naturaleza, siendo imposible encajar la figura del arbitraje obligatorio.

Se ha planteado si a través del artículo 107.2²¹ de la Ley 30/1992, se puede justificar el arbitraje obligatorio. El precepto habla de *sustituir* los recursos administrativos, es decir, en un ámbito material concreto la vía de impugnación de las resoluciones administrativas (obligatoria en el caso del recurso de alzada y potestativa en el recurso de reposición) no sería el recurso, sino la que el legislador introdujera. Por tanto, se trata de técnicas de resolución de conflictos cuya utilización es *forzosa* para los particulares porque no van a tener la posibilidad de optar entre los recursos administrativos y las técnicas a que se refiere el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de tal manera que dadas las notas que se consideran intrínsecas del arbitraje, no puede considerarse que la referencia del mismo en el citado precepto es en sentido estricto a esa figura, sino a un método de resolución de conflictos que aun predeterminado en su composición por la ley, pueda ofrecer alguna garantía de imparcialidad y objetividad.

En definitiva, el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 no abre un abanico de posibilidades muy amplio, de hecho la que hasta ahora se ha utilizado es encomendar la resolución de reclamaciones de los particulares a comisiones técnicamente especializadas y dotadas de una cierta independencia que les permita actuar con imparcialidad y que dé a los reclamantes confianza, ajustándose a este patrón únicamente, la Comisión de Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual²², cuyas resoluciones son recurribles vía contenciosa-administrativa, de ahí que no se considere viable la invocación del arbitraje al amparo del artículo 107.2 LRJAP-PAC.

²¹ El artículo 107 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de RJAP-PAC establece: «Las leyes podrán sustituir el rechazo de la alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en el procedimiento administrativo».

²² Artículo 11.1 de la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español: La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil*. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores (co-autor: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Madrid, Tecnos, 1987.

BOTANA GARCÍA, GEMA/RUIZ MUÑOZ, MIGUEL (coordinadores). *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*. McGraw-Hill/ Ciencias Jurídicas, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1999.

GASPAR LERA, SILVIA. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

GUILLÉN CARAMÉS, JAVIER. «El marco jurídico-constitucional de la Ley 11/1998 de 9 de julio de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid». *La Ley*, 2000.

HUERGO LORA, ALEJANDRO. «La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo». Publicaciones del Real Colegio de España Bolonia, 2000.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA. «Comentarios a la nueva Ley 60/2003 de 23 de diciembre». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2004.

MARESCA LASA, ANA. «Los mecanismos de sustitución de la justicia ordinaria civil y contenciosa-administrativa en relación con la Administración Pública». *Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona*, 11 (2000), págs. 5-37.

MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ. *El arbitraje de consumo: primeros pronunciamientos*. Aranzadi Civil, vol. III, 1994.

MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. «La reserva de jurisdicción». *La Ley*, Madrid, 1989, y *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*. Civitas, Madrid, 1998.

PARADA VÁZQUEZ, JOSÉ RAMÓN. «La actividad administrativa arbitral», en *Actualidad y perspectivas del derecho Público a fines del siglo xx*. Homenaje al profesor Garrido Falla (3 vols.), Editorial Complutense, Madrid, 1992, vol. II, págs. 1173-1197; *Derecho Administrativo*, vol. III, Marcial Pons, 1997 y *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol I. CEURA, Madrid, 1991. y *Principios del Derecho Administrativo*, vol II. CEURA, Madrid, 1999.

LA IN/CONSTITUCIONALIDAD DEL MATRIMONIO ENTRE HOMOSEXUALES Y SU INCIDENCIA EN EL REGISTRO DE UNIONES DE HECHO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

POR

JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LAZARO¹

TÉCNICO SUPERIOR DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. EL ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL AUTO 222/1994, DE 11 DE JULIO. 3. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 21 DE ENERO DE 1988. 4. EL DERECHO COMPARADO. 5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO. 6. LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. 7. LAS UNIONES DE HECHO ¿SOLUCIÓN AL PROBLEMA? 8. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Según proclama el artículo 32 de nuestra Constitución de 27 de diciembre de 1978 (en los sucesivos CE), «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Las dificultades sobre la interpretación de este precepto giran en torno a la expresión «hombre y mujer», en cuanto a si sólo es posible que el hombre y la mujer pueden casarse entre sí, de tal suerte que la heterosexualidad sea una nota esencial del concepto de matrimonio, o, si por el contrario, puede abarcar al matrimonio entre homosexuales, idea fundamentada en que el constituyente, con tal expresión, buscase garantizar la plena igualdad jurídica entre los cónyuges, razón que

¹ Funcionario de carrera del Cuerpo de Técnicos Superiores de la Administración General de la Comunidad de Madrid. El presente estudio constituye su memoria de grado del Máster en Alta Dirección Pública impartido por el Instituto Universitario Ortega y Gasset (XVª edición). No obstante, con posterioridad a la elaboración de dicha memoria (octubre de 2004), se ha procedido a actualizar el trabajo inicial (diciembre de 2004), como consecuencia de la posterior aprobación del Proyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio y, en especial, la emisión del Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, del Consejo de Estado.

se explicaría desde una perspectiva histórica, habida cuenta del *status* de la mujer casada en el franquismo², sin que pueda inferirse que la nota de la heterosexualidad forme parte del contenido esencial de la institución del matrimonio.

Hasta la fecha, en nuestra Nación nunca se había tratado la posibilidad de regular el matrimonio entre homosexuales³, si bien existe la posibilidad de que estas parejas se inscriban en los distintos registros de uniones o parejas de hecho gestionados por las Comunidades Autónomas que cuentan con los mismos, caso de la Comunidad de Madrid, regulado mediante Ley 11/2001, de 19 de diciembre⁴. Ahora bien, el actual Gobierno de España, parece que va a cambiar el régimen hasta ahora vigente, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico el matrimonio homosexual⁵.

Partiendo de la base de lo anteriormente expuesto, la finalidad de este estudio es analizar si el matrimonio entre homosexuales tiene o no cabida en la Constitución y, en consecuencia, qué efectos podría producir, en particular, en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

2. EL ARTÍCULO 32 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL AUTO 222/1994, DE 11 DE JULIO

El concepto constitucional de matrimonio se halla en el artículo 32 CE, siendo el mismo concepto recogido en el artículo 149.1.8.º de la propia Norma Fundamental cuando reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Tales formas no son otras que las que prevea la ley que regule el matrimonio.

² Aunque no había un precepto como el actual artículo 44 del Código civil, actualmente vigente, existían disposiciones que hablaban no sólo de cónyuges en general, sino de marido y mujer, normalmente para discriminar a ésta, caso, por ejemplo, del artículo 59 del propio Código sustantivo.

³ En cuanto a los antecedentes históricos de este precepto, podemos hacer alusión al artículo 43, párrafo 2.º de la Constitución de 1931 que prevenía que «La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El mantenimiento se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación es este caso de justa causa» y al artículo 6 del Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 que determinaba que «El matrimonio será uno e indisoluble».

⁴ BOCM de 3 de enero de 2002.

⁵ En el momento en que se realizó el presente estudio no se había aprobado todavía el Anteproyecto de Ley, anteproyecto que fue anunciado en el Consejo de Ministros de fecha 1 de octubre de 2004 (toma en consideración, a los efectos del artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno) y aprobado en el de 30 de diciembre de 2004.

Como se sabe, el artículo 32 CE se encuentra ubicado en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título Primero de la Carta Magna. Por tanto, la infracción de este precepto no es susceptible de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional⁶. Por este motivo, el Alto Tribunal no se ha pronunciado de manera directa sobre la admisibilidad o no del matrimonio de personas del mismo sexo.

Sin embargo, sí existe un pronunciamiento indirecto sobre esta materia: el Auto 222/1994, de 11 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, en virtud del cual se denegó el amparo solicitado por un ciudadano español tras la denegación por la Administración de la Seguridad Social de una pensión de viudedad tras el fallecimiento de su compañero sentimental con el que había convivido durante doce años. El INSS resolvió negativamente la petición planteada por no existir vínculo conyugal con el causante. El recurrente en amparo basó su demanda de amparo en la vulneración del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE⁷.

Pues bien, el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la petición de amparo considerando que no existe tal vulneración del principio de igualdad por no ser equivalente la convivencia marital y el matrimonio⁸. En definitiva, este razonamiento es acorde con la doctrina del propio Tribunal sobre el contenido del artículo 14 de la Norma Fundamental, pues, como se sabe, dicho precepto recoge ya no tanto el principio de igualdad, como si el de no discriminación, que puede ser enunciado de forma sencilla como «igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales». Argumenta el Alto Tribunal que la situación de las parejas de igual sexo es sustancialmente distinta que la de las parejas heterosexuales, puesto que no pueden contraer matrimonio: «La razón alegada para justificar la presunta discriminación estriba en que al no existir posibilidad legal de contraer matrimonio entre homosexuales se les coloca en una situación de desigualdad de trato, porque nunca pueden encontrarse en la situación legal del artículo 160 de la Ley General de la Seguridad Social»⁹.

⁶ Artículo 53.2 CE.

⁷ «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Ya la Ponencia del Congreso que informó el Anteproyecto de constitución dejó claro, al contestar a una pregunta formulada por el Diputado López Rodó que «la enumeración (...) no debe tener carácter cerrado». Así también se señala en el Dictamen del Consejo de Estado 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II, A, 1.º, posterior a la redacción inicial del presente trabajo.

⁸ Cuestión que coincide, de pleno, con la jurisprudencia constitucional alemana, destacando la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht*, Tribunal Constitucional federal alemán, de Karlsruhe, de 17 noviembre de 1992, referida a las comunidades de vida similares a la matrimonial (*ehednliche Lebensgemeinschaft*). Sus sentencias pueden consultarse en <http://www.bverfg.de>.

⁹ Fundamento Jurídico 1.º.

El recurso no se admite, esencialmente, porque se entiende que el legislador tiene amplio margen para configurar el sistema de previsión social en atención a las circunstancias, prioridades, disponibilidades materiales y necesidades de los diversos grupos sociales. Por consiguiente, el legislador tiene en su mano extender los beneficios de la pensión de viudedad a las uniones de hecho, sean o no heterosexuales, pero si no lo ha considerado todavía oportuno, ello no puede considerarse inconstitucional.¹⁰

Y añade el Tribunal Constitucional, reproduciendo lo ya expresado en su Sentencia 222/1992¹¹, que «al igual que la convivencia fáctica entre una pareja del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento: todo lo contrario al matrimonio entre un hombre y una mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1), que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y obligaciones¹²», continuando después que ello no obsta a que el legislador pueda establecer «un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo»¹³.

Del análisis del Auto referido, se pueden llevar a cabo dos conclusiones fundamentales:

¹⁰ FJ 2.º

¹¹ La doctrina de esta sentencia podría resumirse en que junto a la familia de origen, por relevante que ésta sea en nuestra cultura, existen otras especies o clases de familia, como corresponde a una sociedad plural. Otras sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia que pueden mencionarse son: 1.- STC 241/88, de 19 de diciembre, según la cual la condición de cabeza de familia corresponde a ambos cónyuges por igual. 2.- STC 45/89, de 20 de febrero: el legislador ha de asegurar, en todo caso, la plena igualdad jurídica de los cónyuges. Es inconstitucional establecer para quienes estén casados un tratamiento tributario más gravoso que en el caso de tributar por separado. 3.- STC 77/91, de 11 de abril: el legislador puede establecer diferencias entre la unión matrimonial y la meramente fáctica. En uniones de hecho, el supérstite que soporte una situación de necesidad no debe quedar desprotegido por el régimen público de la Seguridad Social, pero ello no significa que esa protección deba tener lugar a través de la pensión de viudedad. 4.- STC 155/98, de 13 de julio: no toda imposibilidad de cumplir los requisitos legales para contraer matrimonio permite concluir que quienes se ven así impedidos tienen, sólo por ello, los mismos derechos y deberes que quienes conviven matrimonialmente. Para que esto sea así la causa que limita la libertad de casarse debe ser una causa que pugne con los principios y reglas constitucionales.

¹² Concepto que, lógicamente, coincide con el acuñado por la Real Academia de la Lengua que según su Diccionario consiste en la «unión de hombre y mujer concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales». Desde una perspectiva constitucional, podríamos definirlo como unión formalmente constituida, sin libre ruptura, entre personas solteras —concepto amplio—, que no integran una familia nuclear, que la ley ha de regular sin distinciones por razón de sexo. Si lo contrayentes son o han de ser de sexo diferente es lo que falta por precisar.

¹³ FJ 1.º

1.ª Inexistencia, como tal, de un derecho constitucional al establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo

Es decir no existe una obligación del legislador ordinario de regular el matrimonio entre homosexuales, no se puede derivar de la Norma Fundamental una exigencia del matrimonio homosexual o, dicho en otros términos, el matrimonio entre homosexuales no viene impuesto por la Constitución, puesto que los homosexuales carecen del derecho a contraer matrimonio conforme al artículo 32 CE¹⁴. En efecto, frente a la interpretación que sostiene que la ausencia en el texto del precepto mencionado de la expresión «entre sí» conlleva necesariamente entender el permiso a contraer matrimonio reconocido por la propia Ley de Leyes como un derecho individual del hombre y la mujer a casarse sin específica referencia a realizarlo con una persona del sexo opuesto, el Alto Tribunal sostiene la postura contraria. Rechaza el Tribunal Constitucional que la extensión del *ius nubendi* o *ius connubii* hacia la pareja homosexual sea plenamente exigible dentro del marco constitucional creado por los principios de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad.

El Tribunal Constitucional, de este modo, es contrario a admitir que todavía no se ha producido un desarrollo normativo del artículo 32.1 CE, laguna que sería solventada por el legislador ordinario a través de un reconocimiento explícito de la orientación homosexual en la institución matrimonial mediante la modificación de los preceptos legales relativos al matrimonio, en especial el artículo 44 del Código civil, cuya orientación es exclusiva al concepto tradicional de pareja heterosexual.

Por el contrario, la doctrina del Tribunal Constitucional considera que el derecho al matrimonio se configura como un derecho restringido a las parejas heterosexuales. Configura el *ius nubendi* como un derecho referido exclusivamente a persona del sexo biológico opuesto. En ese sentido, para el intérprete de nuestra Carta Magna, se debe afirmar «la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del matrimonio»; e, incluso, especifica en ese mismo Auto que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) —casos Rees y Cossey— en lo cuales entiende que la evolución acaecida hasta el momento en la mayoría de los Estados miembros, «no evidencia un abandono general del concepto de matrimonio»; de modo que el «mantenimiento de este concepto tradicional es razón suficiente para continuar aplicando el criterio bio-

¹⁴ Así lo entiende también el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto III, A, 1 y 4, posterior a la versión inicial del presente estudio.

lógico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales» (caso Cossey).

En ese sentido, cabe señalar, por tanto, que la doctrina del Constitucional admitiendo la plena constitucionalidad del principio heterosexual como intrínseco del matrimonio es acorde con el artículo 12 de la Convención de Roma. Y en su consideración, no existe ninguna referencia expresa o tácita a la homosexualidad ni en la Convención de Roma de 1950, ni en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, ni en los dos Pactos Internacionales de la ONU sobre Derechos Humanos¹⁵, ni tampoco en ningún otro Pacto de alcance regional no europeo, como la Convención Americana de Derechos del Hombre de la OEA de 1969 o en la Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de la OUA de 1981.

Sobre la conexión entre la jurisprudencia constitucional y de otros órganos judiciales internacionales volveremos a detenernos más adelante.

Parece claro, pues, que el constituyente español de 1978 sólo contemplaba en la redacción del artículo 32.1 CE un matrimonio heterosexual; de modo que constitucionalmente no sería posible admitir la existencia de un matrimonio que no fuese entre un hombre y una mujer. En este punto, cabe indicar que existe un amplísimo consenso doctrinal¹⁶ y jurisprudencial¹⁷ en aceptar la prohibición de un matri-

¹⁵ Este aspecto también es puesto de manifiesto por el Consejo de Estado (Punto III. A. 3.º del Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, posterior a la versión inicial de este trabajo).

¹⁶ ESPINAR VICENTE, J.M. «El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado», Madrid, 1996. GÁLVEZ MONTES F.J. «Comentarios al Art. 32» en F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 3.ª ed., 2001. Y GÓMEZ, *Familia y matrimonio*. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001. TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A. «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España» *Diario La Ley*, 2001. RODRÍGUEZ GAYÁN E. «Derecho registral civil internacional», Madrid, 1995. ROCA TRÍAS, E. «Familia y cambio social (De la casa a la persona)», Cuadernos civitas, 1999. Dentro de los civilistas españoles podemos concluir que el planteamiento es el mismo, mostrándose inflexible en este campo, rechazando la pretensión de un reconocimiento institucional de las relaciones homosexuales dentro del ámbito de derecho de familia, sea como figura equiparable al matrimonio, sea como otra institución semejante; así, ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho civil*, vol. IV, 7.ª ed., Barcelona, 1996. ALONSO PÉREZ, M. «La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho civil», *Actualidad civil*, 1998. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. en «Sistema de Derecho civil», Incluso, como pone de manifiesto TALAVERA FERNÁNDEZ («La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España» *Diario La Ley*, 2001.) Algunos estudios doctrinales que, en su momento, fueron pioneros en la defensa de la institucionalización jurídica de las uniones de hecho, rechazaron explícitamente la posibilidad de contemplar en ese supuesto una convivencia afectiva entre personas del mismo sexo: vid, por ejemplo, ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho español*, Madrid, Civitas, 1991; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. «Las parejas no casadas y sus efectos matrimoniales», Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.

¹⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha apoyado también la tesis de que el artículo 32 CE contempla exclusivamente el matrimonio entre personas de sexo biológico distinto,

monio homosexual e interpretar que el concepto de matrimonio sólo puede tener por objeto su noción tradicional de institución heterosexual, de tal forma que el legislador ordinario sólo debe garantizar un régimen institucional para la unión marital entre hombre y mujer, sin que puedan establecerse distinciones por razón de sexo entre los que van a contraer matrimonio, ni entre los ya casados. Así, señala TALAVERA FERNÁNDEZ¹⁸ las legislaciones que han equiparado en efectos el matrimonio y unión homosexual formalizada, siguen reservando el concepto de «matrimonio» para la unión entre hombre y mujer. Es decir, han creado una figura equiparable en efectos, pero no han abierto el matrimonio a las personas del mismo sexo.

2.ª No es contraria a la Constitución la existencia de algún tipo de institución análoga al matrimonio

Según el Tribunal Constitucional, el legislador ordinario no infringiría la Constitución si decidiera regular la existencia de algún tipo de institución análoga que supusiera un sistema de equiparación de efectos, derechos y beneficios con el matrimonio, aludiendo, de forma expresa, a la Resolución del Parlamento Europeo.

Tal referencia efectuada, expresamente, por el Tribunal Constitucional debe entenderse hecha a la Resolución 28/1994, de 8 de febrero¹⁹, del Parlamento Europeo sobre igualdad de derechos de los

En su caso lo ha hecho al declarar inexistente, por contrario a la Norma Fundamental, el matrimonio contraído por un transexual. Así, el Supremo en Sentencia de 19 de abril de 1991 determinó que «el libre desarrollo de las personalidades del transexual tiene como límite, al no ser ello posible, aparte de otras limitaciones deducidas de la naturaleza física humana, de contraer matrimonio, ya que los matrimonios serían nulos por inexistentes, como se deduce de los artículos 44 y 73 del Código civil y 32 CE». Por otro lado, aun no siendo jurisprudencia, no deja de tener relevancia la Resolución del Consejo General del Poder Judicial, de 6 de octubre de 2004, solicitando al Ministerio de Justicia la remisión del Anteproyecto de Ley a dicho órgano de gobierno de los Jueces y Magistrados, al objeto de proceder a su preceptivo informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en el que la mayoría de sus miembros consideraba inconstitucional el anteproyecto referido, al poner de relieve que «cambiar el concepto de matrimonio es algo que sólo puede hacer el Constituyente mediante una reforma constitucional».

¹⁸ TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A. «La institucionalización jurídica de las uniones homosexuales en España», *Diario La Ley*, 2001.

¹⁹ Como precedente inmediato a esta Resolución, cabe señalar la Recomendación 924/1981 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que solicitaba al Consejo de Ministros que exhortara a los Estados miembros a abolir las leyes que sancionaban penalmente la homosexualidad, cuyo origen se encuentra en la Sentencia del TEDH, de 22 de octubre de 1981, en el caso *Dudgeon*. La Resolución contenía, entre otras, las recomendaciones siguientes: Aplicar la misma edad de consentimiento para las relaciones heterosexuales y homosexuales; destrucción de las fichas y datos especiales relativos a la homosexualidad por parte de las policías u otros organismos; asegurar una igualdad de trato a los homosexuales en materia laboral, de remuneración y seguridad en el trabajo, especialmente

homosexuales y de las lesbianas en la Unión Europea, y en la que se propone a la Comisión Europea la elaboración de una Recomendación²⁰ en la materia. En esta Resolución se recomienda la adopción de las siguientes medidas:

1. Supresión de todas las disposiciones jurídicas que criminalizan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.
2. Poner fin a la persecución a la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres.
3. Supresión de las legislaciones que permiten el almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su consentimiento.
4. Supresión de toda discriminación en el Derecho laboral, penal, civil, contractual y comercial.
5. Finalización de la prohibición a contraer matrimonio o acceder a regímenes jurídicos equivalentes²¹ a las parejas de lesbianas o de homosexuales, garantizando a las citadas uniones los plenos derechos y beneficios del matrimonio²².

Por tanto, de acuerdo con lo expresado en el Auto 222/1994 y en consonancia con dicha Resolución del Parlamento Europeo, si bien es

en el sector público: pedir la interrupción de todo tratamiento obligatorio dirigido a modificar la orientación sexual de los adultos, eliminación de toda discriminación en la tutela o el régimen de visita a los hijos respecto a los padres por su orientación sexual; pedir a los responsables administrativos y a las autoridades públicas la prevención de todo riesgo o de violación de abusos sexuales en las cárceles.

²⁰ Como bien señala Talavera Fernández (idem «La institucionalización...») la propuesta oficial de la Resolución era la elaboración de una Directiva, no una simple Recomendación, teniendo en cuenta que la primera es de obligado cumplimiento por los Estados miembros y exige la armonización de su legislación interna, mientras que la segunda no lo es. De igual modo, resalta este autor el elevado número de ausencias en los escaños azules el día de la votación, así como el número de votos en contra y abstenciones respecto de los votos favorables emitidos. Así, de los 518 diputados que formaban la Cámara, sólo participaron 273 (el 52,7%), votando a favor 159 (30,9%), 98 en contra y se registraron 18 abstenciones de eurodiputados presentes.

²¹ Las cursivas son nuestras y pretenden enfatizar, deliberadamente, lo que ha dicho el Parlamento, con el fin de diferenciarlo de aquello que no ha dicho el Parlamento: régimen jurídico equivalente, y no idéntico al matrimonio. En este punto, conviene recoger la conclusión del Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, del Consejo de Estado, posterior a la redacción inicial del presente estudio, cuando afirma que «ha de reconsiderarse la vía escogida para la consecución de unos fines que no sólo están amparados por la Constitución, sino propugnados de forma decidida por el Parlamento Europeo y a los que se ha dado adecuada respuesta en diversos ordenamientos de nuestro entorno sin necesidad de forzar los principios articuladores del matrimonio».

²² Sin embargo, la propia Eurocámara, mediante Resolución de 14 de diciembre de 1994, dio marcha atrás en lo propuesto 10 meses antes, suprimiendo la equiparación entre familia tradicional y atípica, incluyendo en la última a las parejas de hecho homosexuales.

cierto que el matrimonio homosexual no viene impuesto por nuestra Constitución, no lo es menos que la Carta Magna no prohíbe al legislador regular algún tipo de institución semejante o equivalente a las personas del mismo sexo. El legislador ordinario podría ampliar o mejorar la titularidad de los derechos de los homosexuales a contar con una institución de corte matrimonial, plenamente exigible dentro del marco constitucional al amparo de los principios de libertad, igualdad y libre desarrollo de la personalidad, en aplicación de los artículos 10 y 14 CE, pero siempre y cuando tal ampliación o mejora no entre en conflicto o vulnere el derecho de, y sólo de, las parejas heterosexuales a contraer matrimonio, consagrado o reconocido en el artículo 32 de la propia Constitución. Desde esta perspectiva, aun cuando pueda afirmarse que no existe un derecho constitucional al matrimonio homosexual, sí puede hablarse de la existencia de un derecho a no ser discriminado por razón del sexo al acceso a un determinado régimen jurídico, análogo, paralelo, equiparable o semejante, según se prefiera, en sus formalidades y en sus efectos al matrimonio²³.

Ahora bien, este régimen jurídico aun cuando análogo, paralelo, equiparable o semejante, nunca podrá ser idéntico a la institución del matrimonio, pues, de lo contrario, estaríamos en presencia de un claro fraude de ley. Así, como explica GONZÁLEZ BEILFUSS²⁴, la Constitución brinda al matrimonio una protección específica, de tal modo que dicho *favor matrimonii* impide que otras uniones gocen de un estatuto más favorable o cuando menos equiparable al matrimonio, puesto que ello resultaría discriminatorio para los casados²⁵. El legislador ordinario no podría, en definitiva, equiparar el régimen de las uniones libres y el de los matrimonios, puesto que ello supondría que para acceder al contenido legal del estatuto de casado no haría falta estar casado, con lo cual se desconoce el carácter específicamente matrimonial de ese estatuto.

El problema, pues, consistiría en delimitar el alcance²⁶ que podría tener ese régimen, cuestión sobre la cual se incidirá más adelante en este estudio.

²³ Este aspecto también es puesto de manifiesto por el Consejo de Estado en el Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre (Punto III, A, 4.- y, en especial, Punto III, B, donde se analiza el papel de legislador ordinario), posterior a la versión inicial de este trabajo.

²⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, 2004; donde hace referencia al estudio realizado al respecto por GAVIDIA SÁNCHEZ («¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?» en *Revista Jurídica del Notariado*, 1999).

²⁵ Este aspecto también es puesto de relieve por el Consejo de Estado (Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II, A, 2.-, posterior a la versión inicial del presente estudio).

²⁶ Así lo señala, expresamente, el Consejo de Estado en el reiterado Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, en su Punto II, A, 2.-, posterior a la versión inicial de este trabajo.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 21 DE ENERO DE 1988

Aunque anterior al Auto 222/1994, en lo que al objeto del presente estudio respecta, es de destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante) de 21 de enero de 1988²⁷, denegando la pretensión de dos hombres de inscribir su unión como matrimonio en el Registro Civil. Argumenta tal Resolución que «no hace falta resaltar que el matrimonio ha sido siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial» (FJ 1.^o), remarcando la importante significación que en el Capítulo II del Título I de la CE, dedicado a los derechos fundamentales, solamente el artículo 32 se preocupe de precisar que «el hombre y la mujer» son titulares del *ius nubendi* o *ius connubii*, mientras que en todos los demás casos se utilizan formas o expresiones impersonales como «los españoles», «todos», «toda persona», «se garantiza», «se reconoce», «tienen derechos»²⁸, sin estimarse necesario referirse al sexo concreto de la persona. Se concluye, por tanto, que para nuestra Constitución «el sujeto de la relación jurídica matrimonial no es la persona humana considerada sólo en su constitutivo último, en el plano en el que todo individuo es persona (plano de igualdad), sino que es la persona humana contemplada en el plano de la distinción sexual, en cuanto moralizada por la virilidad y la femineidad».

Relacionándolo con lo ya expuesto con anterioridad, para la DGRN la intercalación de la partícula «entre sí», se considera irrelevante como innecesaria redundancia de lo que era aceptado como matrimonio. Esto debe interpretarse como una confirmación de la esencial dimensión heterosexual del matrimonio. Según la DGRN, este mismo criterio ha sido mantenido por todas las interpretaciones del artículo 12 de la Convención de Roma («a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y fundar una familia...») y del artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos («se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia...»).

Esta misma doctrina fue posteriormente reiterada por una nueva Resolución de la propia DGRN, de 2 de octubre de 1991, según la cual «el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio (artículo 32.1 CE) está limitado a personas de distinto sexo biológico».

²⁷ RJ 1988/215.

²⁸ Este aspecto también es puesto de manifiesto por el Consejo de Estado (Punto III, A, 1.º del Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, posterior a la versión inicial de este trabajo).

4. EL DERECHO COMPARADO

4.1. La situación en Europa

El reconocimiento institucional de las uniones homosexuales es un fenómeno generalizado en la Europa Unida, hecho que se deriva en lógica del propio proceso de unificación, pues comienza por la unidad o, al menos, armonización, de las legislaciones de los Estados miembros²⁹. Así, las Resoluciones del Parlamento Europeo ya mencionadas en el presente estudio han servido de catalizadores de ese fenómeno consistente en la progresiva introducción en los ordenamientos jurídicos europeos de diferentes figuras que han permitido institucionalizar las uniones homosexuales, fundamentalmente mediante las uniones de hecho registradas. En este punto, se suele establecer una división de los países europeos en tres grupos, en función de la incidencia del fenómeno. En los países nórdicos la convivencia de hecho se encuentra fuertemente consolidada; en Centroeuropa se trata de un fenómeno emergente, mientras que en el sur del continente se trata de un hecho poco extendido. Como curiosidad, cabe añadir que fuera del Viejo Continente existen también otros ejemplos, como el Estado norteamericano de Vermont³⁰ y las provincias canadienses de Nueva Escocia³¹ y Québec³².

En concreto, entre 1993 y 1998 se produce una verdadera explosión de la regulación de estas parejas registradas, siendo Dinamarca el país pionero en promulgar una ley permitiendo a las parejas homosexuales registrar su unión en el año 1989³³. La Ley danesa permite a las parejas del mismo sexo registrar su unión mediante formalidades civiles y condiciones de celebración idénticas al matrimonio; los requisitos de capacidad también son los mismos del matrimonio; los efectos son idénticos al matrimonio, excepto en relación al derecho de adopción, al acceso a técnicas de reproducción asistida y a la atribución de la patria potestad. El registro de la pareja posibilita la adquisición de un apellido común, genera responsabilidad solidaria respecto de las necesidades corrientes de la vida en común. Y en el ámbito patri-

²⁹ Este aspecto es puesto de relieve por el Consejo de Estado en el mismo Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre (Punto II, B.), posterior a la versión inicial del presente estudio.

³⁰ *Civil Unions Act* que entró en vigor el 1 de julio de 2000, dictada como consecuencia de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de ese Estado en el caso *Baker vs. State of Vermont*.

³¹ *Law Reform Act*, 2000.

³² *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*.

³³ Ley 372, de 7 de junio de 1989. Esta Ley ha sido enmendada en tres ocasiones: Ley 821, de 19 de diciembre de 1989; Ley 387, de 14 de junio de 1995; y la Ley 360, de 2 de junio de 1999.

monial pueden regularse capitulaciones y se crean derechos sucesorios por la inscripción de la unión. La disolución puede producirse *mortis causa* o *inter vivos*, en cuyo caso se somete a las reglas del divorcio: es necesario un proceso judicial y ha de concurrir alguna de las causas tasadas que el Derecho danés exige para su concesión.

Este modelo fue posteriormente adoptado en 1993 por Noruega³⁴, en 1994 por Suecia³⁵, en 1996 por Islandia³⁶ y en 2001 por Finlandia³⁷.

Un caso especial es el de Bélgica. Primero, se institucionalizó la cohabitación extramatrimonial, para lo cual se reformó su Código civil mediante la introducción de un nuevo Título V Bis, como consecuencia de la aprobación de la Ley de 23 de noviembre de 1998. Ahora bien, esta institución no exige convivencia *more uxorio* o de tipo marital, de tal suerte que podrían inscribirse como pareja 2 personas sin ningún tipo de vínculo afectivo, 2 amigos, 2 miembros de una familia, etc. y, por tanto, también se encontraba abierta a parejas de personas del mismo sexo que sí tuviesen ese tipo de convivencia.

En cuanto a los efectos jurídicos, se limitan a la protección de la vivienda y ajuar comunes, no atribuyendo ningún derecho en materia sucesoria *ab intestato* ni en materia de relaciones paterno-filiares. Tampoco determina el reconocimiento de pensiones tras la disolución, que se originaba por simple declaración.

Sin embargo, posteriormente, se ha aprobado la apertura de la institución del matrimonio a los homosexuales, tras la promulgación de la Ley de 9 de enero de 2003.

También podemos hacer referencia al caso holandés. Los Países Bajos cuentan con tres instituciones en esta materia: el contrato de vida en común, la pareja registrada y el matrimonio entre parejas del mismo sexo. El primero se introdujo mediante una Ley de 16 de febrero de 1993 y posibilita a las parejas tanto heterosexuales como homosexuales celebrar un contrato privado ante notario referido a cuestiones de índole patrimonial y sucesoria de su vida comunitaria, siendo su efecto sólo *inter partes*. El segundo se introduce en 1998³⁸, abierto, igualmente, tanto a parejas heterosexuales como homosexuales. La pareja registrada produce los mismos efectos que el matrimonio, pudiendo elegir un apellido común sus miembros; los efectos patrimoniales son semejantes a los del matrimonio; los derechos de los miembros de la pareja en el ámbito de la sucesión *mortis causa* equivalen a los de los cónyuges.

³⁴ Ley 40, de 30 de abril de 1993.

³⁵ Ley 1117, de 23 de junio de 1994.

³⁶ *Lög um samfésta samvist*, de 12 de junio de 1996.

³⁷ Ley de Parejas Registradas de marzo de 2002.

³⁸ Ley de 5 de julio de 1997, por la que se reforma el Libro I del Código civil holandés.

La figura de la pareja registrada holandesa dista del matrimonio neerlandés en materia de adopción conjunta. Pero, finalmente, mediante Ley de 1 de abril de 2001, se permitió a las parejas de homosexuales adoptar conjuntamente en Holanda (no en el extranjero, ante el temor al rechazo a la adopción por los Estados de origen de los niños adoptados³⁹), fecha en la que también se promulgó la Ley que permite el matrimonio entre homosexuales. No obstante, la apertura de la institución del matrimonio a parejas del mismo sexo no supone la abolición de la figura de la pareja registrada, sino que la Ley prevé un período de cinco años para evaluar si es o no conveniente mantener una dualidad de instituciones con prácticamente idénticos efectos jurídicos. Las reticencias se centran en el aspecto de la disolución, pues la pareja registrada se disuelve de forma sencilla y sin formalidades, mediante una simple declaración de voluntad ante el responsable del Registro Civil, frente al matrimonio que requiere de intervención judicial y no se prevé el divorcio consensual⁴⁰. Ahora bien, el Derecho neerlandés prevé la conversión de matrimonio en pareja registrada, lo que ha originado un curioso fenómeno de «divorcio relámpago»: cuando ambos cónyuges desean divorciarse de mutuo acuerdo eluden la intervención judicial convirtiendo el matrimonio en pareja para después solicitar la disolución de esta última⁴¹.

Otro caso interesante es el francés. El Derecho galo no permite el matrimonio homosexual, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 75 y 144 de su Código civil. Por ello, el 15 de noviembre de 1999 se institucionalizó una nueva figura: el PACS o pacto civil de solidaridad. Así, el nuevo artículo 515 del Código sustantivo francés lo define como «un contrato concluido por dos personas físicas mayores, de sexo diferente o del mismo sexo, a fin de organizar su vida en común». La nota de vida en común supone la limitación a las relaciones por sanguinidad o afinidad, ni a los colaterales hasta el tercer grado, ni a las personas casadas o vinculadas mediante otro PACS. No se trata de un contrato *ab solemnitate*, aunque debe comunicarse al Secretario judicial del Tribunal donde radique el domicilio de la pareja, quien, a su vez, lo comunica al Secretario judicial del Tribunal de instancia del lugar de nacimiento de cada miembro, al tiempo de que se inscriba en

³⁹ Cfr. C. FORDER «European models of domestic partnership laws», *Canadian Journal of family law*, 2000.

⁴⁰ Cfr. K. BOELE-WOELKI, «Le partenariat enregistré: législation du Pays-Bas» en Coloquio organizado por el centro de derecho privado de la Universidad Robert Schumann de Estrasburgo y la Comisión Internacional de estado civil, 26 de marzo de 1999. Se puede consultar en: <http://www.ciecl.org>.

⁴¹ Cfr. K. BOELE-WOELKI «Registered Partnership and same-sex marriage in the Netherlands», en K. BOELE-WOELKI y A. FUCHS, *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerpen, 2003.

un Registro especial de PACS, cuestiones todas ellas que hacen que se diferencie del matrimonio.

Respecto de los efectos jurídicos del PACS, cabe señalar que dependerán del contenido que se dé en cada caso concreto al contrato, si bien existe siempre un contenido mínimo de obligado cumplimiento, como la ayuda mutua entre las partes; la presunción de que los bienes adquiridos tras la celebración del contrato tienen carácter de *proindiviso*; la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas para cubrir las necesidades comunes; la existencia de un derecho de subrogación del miembro no titular en el contrato de arrendamiento relativo al inmueble compartido en el supuesto de fallecimiento del miembro titular. Por el contrario es facultad de las partes determinar el régimen económico de su relación.

El PACS no origina derechos sucesorios entre los miembros de la pareja, si bien cabe nombrar heredero en el testamento al compañero, previendo la Ley para el caso determinadas reducciones en el impuesto de sucesiones. Tampoco permite a la pareja adoptar conjuntamente, ni compartir la patria potestad respecto de un hijo de los miembros si se trata de parejas del mismo sexo, ni admite el acceso a técnicas de reproducción asistida a las parejas de homosexuales. La disolución se produce *mortis causa* o por declaración de voluntad, individual o conjunta, sin que esté previsto que produzca prestaciones compensatorias de ninguna clase. Según la doctrina francesa, el PACS es un híbrido, que se halla a caballo entre el derecho de familia y el derecho de contratos⁴².

Otro ejemplo singular es el de Portugal. Mediante la Ley 7/2001, de 11 de mayo, se regulan las parejas de hecho. Es de aplicación tanto a parejas heterosexuales como a las homosexuales. Establece las oportunas prohibiciones respecto de las personas casadas, salvo que se encuentren legalmente separadas, de las relacionadas por vínculos familiares y de personas condenadas como autores o cómplices de delitos de homicidio doloso del cónyuge.

Sus efectos son limitados, circunscribiéndose a cuestiones de vivienda⁴³, al derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento urbano y reconoce el derecho de adopción conjunta a la pareja heterosexual.

Mención aparte debe realizarse sobre el caso alemán. La Ley alemana de parejas registradas data del 16 de febrero de 2001⁴⁴, entran-

⁴² Cfr. M. MIGNOT «Le partenariat enregistré en DIP», RIDC, 2001.

⁴³ *Morada de familia*: Derecho real de habitación temporal limitado a cinco años a favor del miembro de la pareja superviviente, siempre que el fallecido fuese el propietario del inmueble, contando además con una opción de compra al finalizar tal período.

⁴⁴ *Lebenspartnerschaftsgesetz*.

do en vigor el 1 de agosto de ese año. Dado que la Constitución germana (Ley Fundamental de Bonn de 1948) impide que dos personas de un mismo sexo puedan contraer matrimonio⁴⁵, se introdujo una nueva institución, la pareja registrada, limitada a las parejas de homosexuales⁴⁶. Dicha Ley se fundamenta, por un lado, en el derecho matrimonial y, por otro, intenta distanciarse del matrimonio, a fin de salvar el reproche de que la propia Ley lo pone en peligro⁴⁷. Esta ley fue declarada expresamente constitucional por parte del Tribunal Constitucional alemán, de Karlsruhe, el 17 de julio de 2002, al afirmar que la protección que al matrimonio brinda el artículo 6.1.º del CC.—código civil— no impide al legislador atribuir a las parejas derechos y deberes parecidos o análogos a los que derivan del matrimonio, puesto que la institución del matrimonio no está amenazada por una institución que se dirige a personas que no pueden contraer matrimonio.

La pareja se inscribe en un Registro especial de parejas, momento en el que ha de declarar el régimen patrimonial por el que opta; también en este momento inicial puede elegir un apellido común. En el ámbito patrimonial, la constitución de la pareja registrada genera *ope legis* obligaciones en materia de alimentos incluso después de su disolución, quedando el resto de efectos jurídicos al arbitrio del régimen pactado por las partes en el momento de su constitución. Las parejas registradas no pueden adoptar niños, ni se les reconocen derechos conjuntos respecto a los hijos «comunes» concebidos a través de técnicas de reproducción asistida. Los derechos sucesorios se equiparan al cónyuge superviviente en caso de sucesión intestada y se reconoce al miembro de la pareja registrada superviviente una legítima análoga al que correspondería al cónyuge. En cuanto a la disolución, las consecuencias son semejantes a las producidas por el cese de la convivencia matrimonial, estando el proceso de disolución inspirado en el de divorcio.

A nuestro modo de ver, este modelo germano debería ser el inspirador o referente de la institución que podría regularse en nuestro ordenamiento jurídico español, habida cuenta del pronunciamiento hecho por el Tribunal Constitucional en el Auto 222/1994, ya analizado en el presente estudio, según el cual el principio de la heterosexualidad es un componente intrínseco del concepto de matrimonio consagrado en el artículo 32 CE, de manera que el legislador ordina-

⁴⁵ Vid. nota 8.

⁴⁶ La ley no exige que se trate de una pareja homosexual, pese a que con carácter general será así. Cfr. N. DETHLOFF, «Die eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz ein neues familienrechtliche Institut», 2001.

⁴⁷ Cito GONZÁLEZ BEILFUSS, C. «Parejas de hecho y...», Madrid, 2004.

rio, como, paralelamente, sucede con el alemán, no puede abrirlo a las parejas homosexuales, lo que conlleva la necesidad de regular algún tipo de institución semejante, paralela o análoga al matrimonio que posibilitara proteger los derechos —y correlativamente los deberes— de las parejas del mismo sexo⁴⁸.

4.2. El derecho de la Función Pública comunitaria

Paralelamente a lo que sucedía en los Estados miembros, las instituciones de la propia Unión Europea (UE, en lo sucesivo) no son ajenas al proceso de reconocimiento de derechos de índole matrimonial y que, en su caso, se materializa en el derecho de la Función Pública comunitaria, esto es, en los derechos que corresponden a los funcionarios al servicio de las instituciones que conforman las antaño denominadas Comunidades Europeas.

El 14 de febrero de 2002 se publicó en el DOCE la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el Estatuto de los Funcionarios de la UE, que considera casados a todos los funcionarios que aporten un certificado de matrimonio y equipara en derechos a los funcionarios que ante la imposibilidad legal de contraer matrimonio hayan constituido una pareja registrada. Este Reglamento supone el reconocimiento *de iure*, mediante la aprobación de una disposición de carácter general, de la situación que *de facto* ya existía desde el 15 de octubre de 2001 cuando la Comisión Europea había dado instrucciones para que los matrimonios de funcionarios casados con arreglo al Código civil holandés (que como hemos visto por entonces era el único Estado miembro en donde se reconocía el matrimonio, *sensu stricto*, entre parejas del mismo sexo) disfrutasen de las mismas condiciones que cualquier otro matrimonio reconocido en el resto de Estados miembros.

⁴⁸ A esta misma conclusión llega el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto IV.C, c) posterior a la versión inicial de este trabajo; el dictamen razona y fundamenta lo atinente en orden al *status* equiparable al matrimonial, existiendo, desde este punto de vista, opciones distintas a la prevista en el proyecto de ley. El Consejo de Estado se muestra crítico con la reforma pretendida, al señalar que la atribución de un *status* equiparable al matrimonial, en cuanto a sus efectos, no es cuestión que dependa de la inserción de las parejas homosexuales en la institución matrimonial, como tampoco en de la regulación civil de sus formas que se establezca en una ley especial o por el contrario en el seno del Código civil; en la medida en que se considere oportuno, cabría una remisión más o menos amplia a los efectos del matrimonio desde una Ley que lo regula *ad extra* del Código civil. Un tratamiento diferenciado de realidades distintas, que exige una regulación específica con un tratamiento separado de lo que es el matrimonio.

5. LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Como vimos en su momento, la doctrina constitucional española en esta materia engarza con la jurisprudencia europea. La lucha de los colectivos homosexuales se ha centrado, tradicionalmente, en el Consejo de Europa y, en consecuencia, ante el TEDH. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha quedado plasmada en sus dos sentencias más representativas en este campo: casos Rees⁴⁹ y Cossey⁵⁰, que luego han tenido continuidad en otros pronunciamientos semejantes como el caso «X. Y- y Z. v. Reino Unido»⁵¹ y el caso Sheffield y Horsham v Reino Unido⁵².

Ahora bien, en el caso Norbert B⁵³, contra Francia, el TEDH sí acepta que la negativa del estado francés a rectificar en el registro Civil el sexo de un ciudadano transexual constituye una violación del artículo 8 de la Convención, doctrina que también reitera con ocasión del caso Christine Goodwin⁵⁴ v Reino Unido. El Tribunal, en cualquier caso, mantiene el criterio de sexos opuestos en lo que respecta al *ius conubii*⁵⁵.

⁴⁹ Sentencia de 17 de octubre de 1986, serie A, núm. 106. Un transexual (nacida biológicamente como mujer y convertida en hombre) demandó al Gobierno británico por denegarle el derecho a casarse con una mujer. El TEDH estimó que el impedimento existente en el Reino Unido de impedir el matrimonio entre personas de igual sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio de Roma que, aun cuando garantiza el derecho a casarse, se refiere al matrimonio tradicional entre dos personas de sexo biológico diferente. Esta misma sentencia es tenida en cuenta por el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II.B, posterior a la versión inicial de este estudio.

⁵⁰ Sentencia de 27 de septiembre de 1990. Un transexual (nacido biológicamente como hombre y convertido en mujer) pretende casarse con un hombre. El Registro deniega su solicitud al entender que no obstante su cambio de sexo, acaecido como consecuencia de una operación quirúrgica, el matrimonio proyectado sería nulo según el Derecho británico por no ser biológicamente Cossey una mujer, a pesar de su nueva condición morfológica y psicológica de hembra. Tras recurrir al TEDH, este Tribunal de Estrasburgo sentencia que no hay violación ni del artículo 8 ni del artículo 12 de la Convención, sobre la base de que el derecho al matrimonio entre dos personas de sexo biológico opuesto y que la evolución acontecida hasta el momento en las legislaciones y en la opinión pública de la mayoría de los Estados miembros «no evidencia un abandono general del concepto tradicional de matrimonio». Por ello, «el mantenimiento de este concepto es razón suficiente para continuar aplicando el criterio biológico en orden a la determinación del sexo de una persona a efectos matrimoniales». Esta misma sentencia es tenida en cuenta por el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II, B, posterior a la versión inicial del presente trabajo.

⁵¹ Sentencia de 22 de abril de 1997.

⁵² Sentencia de 30 de julio de 1998. Esta misma sentencia es tenida en cuenta por el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II, B posterior a la versión inicial de este estudio.

⁵³ Sentencia de 25 de marzo de 1992.

⁵⁴ Sentencia de 11 de julio de 2002. Esta misma sentencia es tenida en cuenta por el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II, B posterior a la versión inicial de este estudio.

⁵⁵ Sobre el transexualismo, Cfr. PÉREZ CASANOVAS, N., «Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español»; ELÓSGUI ICHASO, M.

En cuanto al ámbito de la Unión Europea, también existen pronunciamientos al respecto, destacando sobremanera los llamados caso Reed⁵⁶ y caso Grant⁵⁷. En el primero, la Señora Reed, solicitó un permiso de residencia dependiente en Holanda, al acompañar a otro ciudadano británico, considerando que su situación equivalía al de cónyuge, pues llevaba conviviendo con ese ciudadano británico más de cinco años. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE en lo sucesivo), de Luxemburgo, estableció que, dado que no se había producido una evolución social generalizada que justificara otra interpretación más amplia, el concepto de matrimonio se refería exclusivamente a la relación matrimonial.

Por su parte, Lisa Grant solicitó a su empresa las reducciones que ésta concedía en el precio de los transportes a los cónyuges y personas con las que conviven maritalmente sus empleados. La empresa no accedió a conceder los beneficios mencionados sobre la base de que, de acuerdo con su normativa interna, tales beneficios sólo eran de aplicación si la persona con la que convivía el empleado era de distinto sexo a éste. Ante esta situación, acudió al TJCE aduciendo que las discriminaciones basadas en la orientación sexual forman parte de las discriminaciones por razón de sexo prohibidas por el artículo 119 (actual 141) del Tratado de la Unión Europea. El TJCE afirma que las reducciones que en el precio de los transportes «son denegadas a un trabajador de sexo masculino que viva con otro hombre del mismo modo que se le deniegan a una trabajadora que viva con otra mujer», «aplicándose de modo igual a trabajadores y a trabajadoras, por lo que no se puede considerar que constituyan una discriminación por razón de sexo». El Tribunal considera que en el actual derecho comunitario «las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo». La sentencia estima que trascendental la diferencia entre «discriminación basada en el sexo» y «discriminación basada en la orientación

⁵⁶ «Transexualidad, derecho a la vida privada y derecho al matrimonio. El caso español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Actualidad Civil* 1994. ESCRIVÁ IVARS, J. «<Transexualismo y matrimonio>», en *Persona y Derecho*, 1992. Por otra parte, entre la jurisprudencia proclive a la concesión jurídica al transexualismo destacan varias sentencias: *Corbett v Corbett* de 1970 en el Reino Unido; sentencia de la Corte de Casación de Francia de 16 de diciembre de 1975 y en Estados Unidos, de la Corte Suprema de Nueva Jersey de 1976. (Cfr. NAVARRO VALLS, R., «Matrimonio y Derecho»).

⁵⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de abril de 1986, *Países Bajos v. Anni Florence Reed* (as. 59/85).

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de febrero de 1998, «*Grant v. South-West Trains Ltd*» (as. C-249/96). Esta misma sentencia es tenida en cuenta por el Consejo de Estado en su Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto II, C, posterior a la versión inicial del presente estudio.

sexual» al argumentar que «esto no parece reflejar la interpretación generalmente admitida por razón de sexo que figura en diferentes instrumentos internacionales», por lo que concluye que dicho artículo «no se refiere a una discriminación basada en la orientación sexual».

En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia asentada por el TJCE, realizar una distinción por razón de sexo sería ilegal, pero en cambio es posible llevarla a cabo por razón de orientación sexual, al no existir legislación comunitaria que la proscriba⁵⁸. El TJCE, no obstante, pone de relieve que el Tratado de Amsterdam añade un precepto —el artículo 13— al Tratado de la Unión que permitirá al Consejo adoptar las medidas necesarias para la supresión de diferentes formas de discriminación, entre otras, la basada en la orientación sexual.

Podemos citar otras sentencias en esta materia que se fundamentan en el principio a la no discriminación como elemento determinante para extender el concepto de matrimonio a parejas del mismo sexo. Así, el Tribunal Supremo de Canadá, con ocasión del caso *M.v.H.*, en mayo de 1999 resolvió que la denegación a las parejas de homosexuales de los beneficios que la legislación de Ontario establecía para los cónyuges suponía una discriminación, ya que si se aplicaban de forma amplia o extensiva a las parejas de hecho heterosexuales. En este punto, es preciso resaltar que el Alto tribunal canadiense precisaba que su decisión no ponía en entredicho el propio concepto tradicional del matrimonio, reservado a las parejas heterosexuales.

También es de reseñar el caso de Hawai, donde a raíz del caso *Baehr v Mike* se abría la institución del matrimonio a los homosexuales en el quincuagésimo Estado norteamericano⁵⁹. De igual modo, podemos aludir a la Sentencia de 18 de noviembre de 2003 del Tribunal Supremo de Massachussets en el caso «*Hillary Goodridge & others v Department of Public Health*» que determina que es contrario a la Constitución de dicho Estado la negación a las parejas del mismo sexo de los derechos y ventajas derivados del matrimonio.

⁵⁸ La sentencia ha sido criticada fuertemente al entender que el error argumental del TJCE radica en la elección del punto de comparación, pues en vez de comparar a la recurrente con un hombre que conviva con una mujer, se la compara con un hombre que viva con otro hombre. Pueden estudiarse las diferentes críticas en I. CANOR, «*Equality for lesbians and gay men in the Community Legal Order-they shall be male and female*», 2000.

⁵⁹ Sin embargo, este caso provocó a su vez que tras un referéndum se modificara la Constitución de ese Estado, con el fin de establecer que el matrimonio es una institución reservada sólo a las parejas heterosexuales.

6. LOS MATRIMONIOS HOMOSEXUALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El elemento del principio de la no discriminación por razones de orientación sexual estudiado en el apartado precedente de este trabajo es el que lleva a diferentes autores a propugnar que el concepto tradicional del matrimonio no puede limitarse a las parejas heterosexuales, sino que ha de ampliarse a las parejas homosexuales⁶⁰. A juicio de GONZÁLEZ BEILFUSS⁶¹, resulta difícil prohibir la discriminación de orientación sexual y simultáneamente mantener una opinión contraria a la institucionalización de las parejas homosexuales, que, en la práctica, signifique la exclusión de dichas parejas y beneficios jurídicos que se otorgan a los cónyuges, añadiendo que el nuevo artículo 13 del Tratado Constitutivo de la UE implicará una apertura del Derecho comunitario hacia el reconocimiento de las parejas registradas y los matrimonios de personas del mismo sexo⁶².

⁶⁰ A favor del matrimonio homosexual podemos citar a PÉREZ CASANOVAS, N. «El derecho a la orientación sexual de las personas y la minoría homosexual» en *Curso de Derechos Humanos de San Sebastián*, vol. I, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999. Del mismo autor: «Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español», Granada, Comares, 1996. HERRERO BRASAS, J. A. «La sociedad Gay: una invisible minoría. I-II», en *Claves de razón Práctica*, 1993 y «El matrimonio Gay. Un reto al estado heterosexual», en *Claves de razón Práctica*, 1997. BOZETT/SUSSMAN, «Homosexuality and Family Relations», en *M. P. Review*, 1989.

⁶¹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. «Parejas de hecho y ...», Madrid, 2004.

⁶² A mi modo de ver, la promulgación del Tratado de Amsterdam con la aprobación de este precepto no produce alteración alguna en el ordenamiento jurídico español, pues al margen de que el artículo 14 CE ya sería más que suficiente para entender que el principio de no discriminación es un fundamento de nuestro ordenamiento jurídico, en cualquier caso, la prescripción contenida en el artículo 10.2 de la Carta Magna («las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por España») conlleva la conexión de nuestro artículo 14 CE con la referida Declaración y sus pactos de desarrollo, siendo esencial para la interpretación del susodicho precepto constitucional los artículos 3, 14 y 26 del Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977). Así, el artículo 3 mencionado establece que «los Estados parte del presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto»; el artículo 14 previene que «todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de Justicia»; el artículo 26 determina que «todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección ante la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». En este punto, conviene resaltar que el Consejo de Estado (Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto III, A.3, posterior a la versión inicial de este trabajo) afirma que si bien es cierto que el artículo II-69 al recoger el derecho al matrimonio ya no se refiere al hombre y la mujer, lo que podría llevar a pensar que, por esta vía, se trata de extender este derecho a las parejas homosexuales, en particular en combinación con el artículo 81, que prohíbe toda

Pues bien, mi opinión es justo la contraria. Considero que es ajustado a Derecho, porque se cñe perfectamente al contenido del artículo 32 CE, defender que el matrimonio es una institución reservada sólo a las parejas heterosexuales, sin que ello conlleve o suponga violación alguna del principio de no discriminación⁶³. El problema radica, a mi modo de ver, en que los autores que entienden que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo conculca el principio de no discriminación confunden este principio con el de igualdad.

La igualdad se expresa⁶⁴ como una tendencia de elevación, como un prurito de nivelación y como una paridad formal ante el Derecho. Así, la igualdad como tendencia de elevación está presidida por la vocación de impulsar el acceso de cada ser humano al rango superior; de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, sin que puede considerarse como un abandono del principio de igualdad la existencia de ciertas disposiciones orientadas a corregir desigualdades de hecho desatendiendo, de este modo, los estrictos mecanismos de la igualdad aparente⁶⁵. Y en cuanto a esa tendencia niveladora, si bien

discriminación por razón de la orientación sexual, no es menos cierto que hay otros elementos de la Carta que impiden ese efecto, como el propio 69 y, en especial, el 112, concluyendo la coherencia de los preceptos mencionados precisamente con las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y el Consejo de Europa, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶³ Así lo pone también de manifiesto el Consejo de Estado (Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto IV.C, b, posterior a la versión inicial del presente estudio) al estudiar la adecuación del Proyecto de Ley a los objetivos perseguidos. Señala el Dictamen al respecto que este segundo objetivo (el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación) también se alcanzaría con la reforma planteada, en lo que se refiere a permitir el libre desarrollo de la personalidad, preservando la libertad en cuanto a las formas de convivencia, sin constreñirla en función de la orientación sexual del sujeto. Ahora bien, la remoción de toda discriminación por razón de la orientación sexual no requiere la inserción del nuevo modelo de pareja en la institución matrimonial; por una parte, porque la limitación del matrimonio a las parejas de heterosexuales no supone un trato discriminatorio ni desde la perspectiva de la Constitución ni desde las Declaraciones Internacionales de Derechos, como se ha visto; pero, por otra, porque las discriminaciones que se puedan dar en el tejido social no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio que dé cabida a dos realidades distintas. Por otro lado, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad en cuanto a las formas de convivencia se preservarán mejor si se permitiera a cada persona elegir uno u otro modelo de convivencia con perfiles propios según cual sea su personal opción, sin constreñir a quienes tienen una opción sexual y de afecto por personas del mismo sexo, a insertarse en una institución jurídica cuyo régimen ha sido conformado para dar cauce a una realidad distinta.

⁶⁴ GALVEZ MONTES, J. en «Comentarios a la Constitución», de GARRIDO FALLA y otros, Civitas, Madrid 2001.

⁶⁵ A esta idea responde la teoría de la igualdad ante la ley fiscal, en virtud de la cual deben ser tratados de la misma manera los contribuyentes que se encuentren en la misma situación. *Sensu contrario*, los contribuyentes que se encuentren en situación diferente, deben ser tratados de manera distinta, lo que justifica la progresividad de los sistemas

los seres humanos deben ser tratados de forma igualitaria en cuanto a los derechos fundamentales, no deben serlo en todo aquello que se vean afectados por las diferencias que naturalmente existen entre ellos.

En ese sentido, señala RECASENS SICHES⁶⁶ que el principio de igualdad esencial no excluye la justicia de múltiples diferencias en cuanto a derechos concretos, basadas en fundamentos del estilo de la diversidad de conductas del individuo (legalidad, delincuencia; laboriosidad, holgazanería; diligencia, negligencia o descuido, etc.); diversidad de aptitudes individuales (físicas-altura, como sucede por ejemplo en pruebas de acceso a los Cuerpos policiales y mentales); diversidad de funciones sociales (padre, hijo; jefe, subordinado; médico de un hospital público, paciente del mismo hospital; funcionario de prisiones en un centro penitenciario; recluso en el mismo centro penitenciario, etc.).

Refiriéndose a esta igualdad noveladora dice GUASP⁶⁷ que el gran pecado de nuestra época es haber preferido la igualdad a la libertad, siendo así que la igualdad es un artificio, pues los seres humanos son, en esencia, fuertes o débiles, sagaces o torpes, virtuosos o malvados. Todos iguales: buenos, mediocres o malos. Esta igualdad se opone lo mismo a los reconocidamente buenos que a los proclamadamente malos: nivela a todos y proclama que se caigan los honores y se borren las penas, lo que, llevado al extremo, supondría la supresión de los sistemas de selección rigurosa de funcionarios, la exclusión de los ascensos por méritos, la igualación de los beneficios profesionales, la equiparación de los sueldos sin que existan causas de diferenciación en función del desempeño realizado, etc.

En ese sentido, el principio de igualdad desde una perspectiva constitucional se entiende como igualdad formal, que no material, ante el Derecho (SSTC 49/82, de 14 de julio y 86/85, de 10 de julio). Es decir, la igualdad como equivalencia de aptitudes genéricas o igualdad de posibilidades de actuación, de tal modo que los seres humanos son igualmente aptos para gozar de los derechos, pero no proclama que a todos ellos corresponda un ejercicio igual del Derecho. Dicho en otros términos: proclama algo distinto de la igualdad fáctica o real y efectiva, en la que todos los seres humanos tendrían un mismo ejercicio de

impositivos: paga más quien más tiene, paga menos quien menos tiene, sin que ello suponga violación del principio de igualdad, porque los sujetos pasivos no se encuentran en un plano de igualdad. Existiría discriminación si dos sujetos con igual nivel de renta tuviesen que tributar de forma diferente.

⁶⁶ I. RECASENS SICHES «Tratado general de filosofía del derecho» México, 1965.

⁶⁷ GUASP, J. en su prólogo al libro de E. JIMÉNEZ ASENJO sobre *Régimen jurídico de los títulos de nobleza*, Barcelona, 1955.

los derechos, lo que provocaría situaciones de discriminación ya que, por ejemplo, todos ya fueran ricos o pobres deberían contribuir con idéntica cantidad; no habría reserva de cupo para minusválidos en los procesos selectivos de acceso a la Función Pública; no podrían existir subvenciones para la adquisición de viviendas; los pensionistas deberían abonar el mismo precio que los no pensionistas por las medicinas que se dispensan en las farmacias; daría igual que se hubiese trabajado un año que treinta para obtener la misma e idéntica pensión, etc. Así, la STC de 2 de julio de 1981, señala que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica.

La igualdad es igualdad para condiciones iguales, pero no para desiguales. No puede colocarse en un plano de igualdad a una pareja heterosexual y a otra homosexual, por la sencilla razón de que no son iguales. Existe un elemento claramente diferenciador entre una y otra: el de su orientación sexual. Así la STC 180/85, de 19 de diciembre, establece que cualquier diferencia que carezca de razón suficiente sería inconstitucional. *Sensu contrario*, cualquier diferencia que tenga razón suficiente sería constitucional, hecho que sucede en relación con el matrimonio y los homosexuales, pues existe un elemento racional y objetivo que permite diferenciar a una pareja heterosexual de otra homosexual: su tendencia u orientación sexual. Discriminatorio sería establecer diferencias entre parejas de homosexuales masculinos y femeninos (o de gays y lesbianas, si se prefiere) porque sí que se encuentran en un plano de igualdad y, por tanto, si se reconocieran una serie de derechos y obligaciones para un tipo de pareja homosexual (gays, por ejemplo), no podrían ser diferentes de los que se regularan para el otro tipo (lesbianas)⁶⁸.

Pues bien, porque la igualdad reconocida en nuestra Constitución es formal o de Derecho, debe ponerse de relieve que en diversos preceptos de la Carta Magna se establecen situaciones de privilegio o de discriminación positiva, si así se prefiere. Así, podemos mencionar los artículos 56.3, 57.1 y 71 y, por qué no, el propio artículo 32, como se explicará después. En este punto, la STC de 10 de noviembre de 1981 determina que el principio de igualdad permite al legislador contemplar la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso. Y añade en la STC 86/85, de 10 de julio,

⁶⁸ En este punto, es conveniente nuevamente hacer referencia al Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto Punto IV.C, b, del Consejo de Estado, posterior a la redacción inicial del presente estudio, donde se advierte que «Puesto que se trata de un nuevo modelo de pareja, lo coherente es crear una regulación adecuada a ese nuevo modelo, que dé respuesta a sus propias necesidades, y no insertarlo en una regulación que, como apunta la exposición de motivos, responde a un modelo diferentes».

que el artículo 14 CE no ampara las discriminaciones por indiferenciación; o lo que es lo mismo, sí las ampara por diferenciación. Y de hecho, la STC 77/91, de 11 de abril, considera constitucional que el legislador establezca diferencias entre la unión matrimonial y la puramente fáctica.

A este respecto, cabe hacer una mención al hecho de que nuestra Constitución, por un lado, regula en preceptos distintos la institución del matrimonio (art. 32) y la de la familia (art. 39) y, por otro, el artículo 32 alude al hombre y a la mujer a la hora de reglar el matrimonio.

Respecto de la primera cuestión, la separación en distintos preceptos de la regulación del matrimonio, es preciso indicar que, primero, el constituyente mantiene una posición de neutralidad conceptual de la institución familiar, que se traduce en la ausencia de una definición o modalidad específica de familia⁶⁹. Segundo, como consecuencia de dicha indefinición, el concepto de la familia no responde a un único modelo, sino que junto a la familia tradicional o nuclear, la surgida por el matrimonio de los cónyuges y constituida por los esposos e hijos menores y, con carácter excepcional, por otros parientes, por relevante que ésta sea en nuestra cultura, existen otras especies o clases de familia, como corresponde a una sociedad plural, abierta a las transformaciones que operan en la sociedad. Tercero, desde ese punto de vista, el concepto constitucional de familia abarcaría a nuevas formas de organización familiar, como la familia derivada del divorcio anterior de alguno de los dos cónyuges, en donde, por poner un ejemplo, uno de los hijos contara con un padre que ahora tuviese una nueva esposa y una madre que contase con un nuevo esposo. Otro supuesto de familia sería la constituida por el cónyuge viudo y sus hijos, existiendo la alternativa de que el superviviente pudiese después volver a contraer matrimonio con una tercera persona, quien, a su vez, antes de contraer matrimonio puede estar soltera, viuda o divorciada, con o sin hijos anteriores a este matrimonio con ese cónyuge viudo; o la familia constituida por la mujer soltera —o el hombre soltero— con sus hijos; o el supuesto de la familia constituida por parejas de hecho, registradas o no, incluidas las homosexuales. Cuarto, si el concepto constitucional abarca o engloba a distintos modelos de familia al margen del tradicional surgido del matrimonio, entonces no puede hablarse de una equiparación entre familia y matrimonio y, en consecuencia, tales modelos distintos del tradicional no pueden incardinarse en el concepto de matrimonio, que, como institución, se regula al margen de aquéllas en otro precepto, el 32 CE.

⁶⁹ Vid nota 11.

Si, como señala GONZÁLEZ BEILFUSS⁷⁰, en la Constitución española de 1978 no existe, por consiguiente, un solo modelo familiar ni se puede considerar que el matrimonio sea el fundamento único o natural de la familia, de tal modo que determinadas uniones libres se integran en el concepto constitucional de familia y gozan de la protección genérica de familia, *sensu contrario*, opino yo que habrá que concluir que esas mismas uniones libre no pueden ser partícipes del concepto de matrimonio y, por esta razón, a diferencia de lo que sucede el artículo 29 de la Constitución italiana⁷¹, 6 de la Constitución alemana⁷² e, incluso, 43 de la Constitución española de 1931⁷³, matrimonio y familia vienen regulados de forma independiente. Es decir, siendo matrimonio y familia instituciones diferentes, el concepto de matrimonio quedaría reservado sólo y exclusivamente para su concepción tradicional.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, esto es, en cuanto a la referencia al «hombre y la mujer» en el artículo 32 CE, parece claro que nuestro constituyente ha querido subrayar o enfatizar la situación de plena igualdad que existe entre ambos como cónyuges, excluyendo cualquier tipo de subordinación, tanto en el momento de la celebración del matrimonio, como después durante toda la vida conyugal, frente a la infame tradición de sometimiento de la mujer casada a la potestad de su marido.

Así lo explica de forma convincente GAVIDIA SÁNCHEZ⁷⁴ señalando, primero, que llama la atención que el constituyente no se limitara a reconocer el derecho a contraer matrimonio (como también lo resaltaba la Resolución de la DGRN de 21 de enero de 1988⁷⁵), sino que expresamente sacara del concepto legal y normal de matrimonio entonces vigente una de sus características, como es la relativa a la diversidad de sexos de los contrayentes. Segundo, sostiene que la referencia a la «plena igualdad jurídica» se explica por el claro propósito de dejar claro, sin lugar a dudas, que el marido y la mujer tendrían los mismos derechos y obligaciones, frente a una historia de discriminación y sometimiento de la mujer, especialmente la casada. Tercero, considera que debe entenderse que la exigencia de la plena igualdad

⁷⁰ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. «Parejas de hecho y...», Madrid, 2004.

⁷¹ «La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. El matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, dentro de los límites establecidos por la ley como garantía de la unidad familiar».

⁷² «El matrimonio y la familia están bajo la protección particular del ordenamiento estatal».

⁷³ Vid nota 3.

⁷⁴ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2001.

⁷⁵ La aclaración es mía.

jurídica permite considerar inconstitucionales cualesquiera diferencias de trato por razón de sexo en relación al matrimonio (tanto *in fieri* como *in facto esse*, es decir, tanto en la regulación del ejercicio del *ius conubii*, como en el estatuto matrimonial de los ya casados), sin necesidad de plantearse si tal diferencia está suficientemente justificada, como procedería de aplicar la prohibición general de discriminaciones por razón de sexo, del artículo 14 CE. Cuarto, con la plena igualdad del artículo 32 CE, el constituyente también quiso impedir el establecimiento de diferencias por razón de sexo en la edad para poder casarse, como sucedía en la legislación hasta entonces vigente⁷⁶. Quinto, la exigencia de la plena igualdad jurídica fue introducida con el objeto de comprender toda la regulación legal del ejercicio a contraer matrimonio, como lo avala la ubicación de esa exigencia en el párrafo primero del artículo 32, con lo que se abarca toda la regulación del matrimonio, excluyendo cualquier diferencia de trato por razón de sexo, no sólo entre los cónyuges, sino también entre los que puedan llegar a serlo (edad y capacidad para contraer matrimonio). Sexto, teniendo en cuenta la evolución sufrida por el precepto durante su proceso de elaboración⁷⁷, en la palabra matrimonio, que emplea el artículo 32.1 CE, ya estaría incluida la diferenciación de sexo de los contrayentes, como uno de los elementos que integran ese concepto constitucional, sin necesidad de la referencia al hombre y la mujer que se explicaría por la finalidad de limitar la libertad del legislador al regular la capacidad para contraer matrimonio, en un doble sentido: puesta en relación con la supresión de la edad núbil en el texto definitivo del precepto, indicaría que la ley no puede admitir el matrimonio entre púberes que no tengan el suficiente juicio como para entender y querer el compromiso matrimonial; y puesta en relación con la igualdad, no referida ya sólo a los casados, indicaría que no pueden establecerse diferencias por razón de sexo en la capacidad para con-

⁷⁶ Catorce años para el varón y doce para la mujer (art. 83.1 CC).

⁷⁷ Anteproyecto constitucional (BOC de 5 de enero de 1978), artículo 2.71: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio y a crear y mantener, en igualdad de derechos, relaciones estables de familia». Informe de la Ponencia (BOC de 17 de abril de 1978), artículo 27: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio para crear una relación estable de familia». Dictamen de la Comisión (BOC de 1 de julio de 1978), artículo 30: «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer, en plena igualdad de derechos y deberes, podrán contraer matrimonio». Con esa misma redacción es aprobada, como artículo 30.1, por el Pleno del Congreso (BOC de 24 de julio de 1978). Dictamen de la Comisión Constitucional del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978), artículo 32.1: «El hombre y la mujer, a partir de la edad fijada por la ley, tienen derecho a contraer matrimonio basado en la igualdad jurídica de los cónyuges». El Pleno del Senado mantiene la misma redacción y la Comisión Mixta Congreso-Senado establece la redacción definitiva (BOC de 28 de octubre de 1978).

traer matrimonio. Séptimo, no es incuestionable que el concepto de matrimonio incluya la diferencia de sexo entre los contrayentes, como, del mismo modo, no incluye la nota de la monogamia ni de la exogamia, como es obvio que estamos hablando de una unión entre personas⁷⁸. Octavo, si el matrimonio ha de diferenciarse de las uniones libres, ha de quedar excluida la libre ruptura, es decir, que no sea disoluble por decisión de uno de sus miembros sin necesidad de que concurra justa causa.

A mayor abundamiento, dicho autor se plantea qué habría sucedido si el artículo 32 CE se hubiese limitado a reconocer la existencia del derecho al matrimonio sin hacer referencia alguna al hombre y la mujer, precisando si en ese caso podría ser considerada discriminatoria y, por tanto, inconstitucional la ley que admitiese sólo el matrimonio heterosexual, excluyendo el homosexual. Estaríamos en presencia de una diferencia de trato por razón de sexo, que afecta a el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que habría que aplicar el escrutinio más estricto para que no fuese considerada discriminatoria, es decir, inconstitucional por infracción del artículo 14 CE. Pues bien, es aquí donde la referencia al «hombre y la mujer» muestra toda su razón de ser: excluir el juego de la cláusula general de la no discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 CE, de forma que, en ningún caso, el legislador se vea forzado constitucionalmente a admitir el matrimonio entre dos personas del mismo sexo. Lo cual es tanto como decir que, mientras no se suprima esa referencia al hombre y mujer, el legislador (positivo) podrá limitarse a reconocer el derecho a contraer matrimonio entre parejas heterosexuales, sin que por el juego del principio de igualdad, ni de la prohibición de discriminaciones por razón de sexo, pueda el Tribunal Constitucional (legislador negativo) abrir la institución matrimonial a las parejas homosexuales. Dicho en otras palabras: esa referencia al hombre y la mujer del artículo 32 CE es lo que, precisamente, permite entender, en primer lugar, que el matrimonio sólo está constitucionalmente garantizado para contraerlo dos personas de diferente sexo y, en segundo

⁷⁸ DE LA HERA, A. en «La definición del matrimonio en el ordenamiento jurídico español», ADEE, 1992, argumenta que si no hay necesidad de exigir que se trate de personas de distinto sexo, este cambio de naturaleza del matrimonio nos ha de llevar a uno de estos dos caminos: o se conserva el concepto tradicional de matrimonio y las nuevas situaciones de unión personal reciben otro nombre, o consideramos evaporado ese concepto y aceptamos que significa algo nuevo, por ejemplo, la unión estable de carácter afectivo entre dos seres humanos (de momento, porque incluso este último requisito puede llegar a desmoronarse en el futuro), que en virtud de la misma tienden a establecer una convivencia familiar. GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. se pregunta si con la referencia que dicho autor hace a «último requisito» significa que puede llegar a considerarse matrimonio la unión entre más de dos personas, o si contempla también otras derivas de una relación eventualmente matrimonial, que no sea sólo entre seres humanos.

lugar, que, en ningún caso, está constitucionalmente garantizado que puedan contraerlo dos personas del mismo sexo, es decir, que no existe un derecho al matrimonio homosexual en la Carta Magna.

Nada indica que el constituyente estuviese preocupado por definir el matrimonio. Si lo estaba respecto de que, por aplicación de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, se pudiera prescindir del legislador para conseguir que dos personas del mismo sexo pudieran contraer matrimonio. El constituyente quiso dejar libertad al legislador ordinario para mantener el matrimonio tradicional entre parejas heterosexuales, de tal modo que, cualquiera que fuese el contenido de la legislación sobre el ejercicio del derecho a contraerlo, no resultase inconstitucional, por discriminatoria, la reserva del matrimonio a dos personas de sexo diferente.

7. LAS UNIONES DE HECHO: ¿SOLUCIÓN AL PROBLEMA?

Como ya ha quedado expuesto en este estudio, varias Resoluciones del Parlamento Europeo han servido de catalizador de ese fenómeno consistente en la progresiva introducción en los ordenamientos jurídicos europeos de diferentes figuras que han permitido institucionalizar las uniones homosexuales, fundamentalmente mediante las uniones de hecho registradas. España no ha sido ajena a este proceso, si bien, aspecto que no debe dejar de tenerse en cuenta, no se ha establecido una única regulación a nivel nacional, sino que han sido diversas Comunidades Autónomas las que han legislado en esta cuestión.

Comenzaremos determinando qué se entiende por este tipo de parejas registradas o uniones o parejas de hecho. Siguiendo a GONZÁLEZ BEILFUSS⁷⁹, pareja registrada es aquella unión de una pareja del mismo o distinto sexo, que reúne los requisitos subjetivos de aplicabilidad prescritos por un ordenamiento jurídico que contiene una norma especial sobre relaciones estables de pareja. En virtud de la aplicación de esas normas, dicha pareja se somete a un régimen jurídico diferente del que se aplica a otras parejas no casadas incluidas en la norma puesto que surgen una serie de efectos jurídicos diferenciados que afectan tanto a la dimensión de la pareja interna de la relación como a las relaciones con terceros.

Para GAVIDIA SÁNCHEZ⁸⁰ que una unión pueda considerarse generadora de relaciones jurídicas ha de entenderse la comunidad de

⁷⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, C. «Parejas de hecho y...», Madrid, 2004.

⁸⁰ Así lo entiende GAVIDIA SÁNCHEZ en «La unión libre (el marco constitucional y la situación del conviviente superstitio)», Valencia, 1995.

vida exclusiva y duradera, con cuidados y responsabilidades recíprocas, que van más allá del hecho de compartir un mismo hogar y unos gastos o tareas domésticas, con independencia del sexo, de la orientación sexual y de que mantengan o no sus integrantes relaciones sexuales entre sí.

En ese sentido, subraya TALAVERA FERNÁNDEZ⁸¹ que la verdadera esencia de la pareja de hecho es la relación de quienes conviven *more uxorio* sin casarse. Por tanto, cabría afirmar que la unión de hecho tiene alma de desacuerdo con el matrimonio y cuerpo de matrimonio, pues la unión de hecho responde a una concepción diferente de la del matrimonio, pero, sin embargo, se le dota de una apariencia y efectos similares a los de la institución del matrimonio.

Frente a lo que pueda parecer, puede decirse que no se trata de una institución moderna porque, como explica VOLTERRA⁸², en el Derecho romano el matrimonio era fundamentalmente una «situación de hecho», porque cada uno de los cónyuges había de tener una efectiva y continua vocación de estar unido duraderamente en tal relación. Por eso, cuando esta recíproca voluntad desaparecía por parte de alguno de los cónyuges, el matrimonio desaparecía jurídicamente y el vínculo conyugal quedaba automáticamente disuelto.

La pareja registrada se constituye por una declaración de voluntad inicial⁸³ que genera efectos jurídicos, incluso respecto a terceros, y que, por este motivo, se hace pública. Sólo pueden inscribirse aquellos individuos a los que el respectivo ordenamiento jurídico atribuya capacidad específica para acogerse a esta fórmula, que en la mayoría de ellos coincide con la capacidad de obrar general. Está proscrita la «poligamia», es decir, existe una exclusividad referida a la relación jurídica surgida, de tal modo que los miembros de una pareja de hecho no pueden formar parte de otra pareja registrada de forma simultánea. Y con la excepción del caso belga, ya visto en este estudio, todos los ordenamientos prohíben constituir parejas registradas basadas en lazos familiares entre las partes.

Las mayores diferencias entre ordenamientos se producen en el terreno de los efectos de la unión. En ese sentido, cabe diferencias dos clases de figuras: las instituciones análogas al matrimonio, como la

⁸¹ TALAVERA FERNÁNDEZ, J.A. «La institucionalización...».

⁸² VOLTERRA, E. «La nozione giuridica del conubium», en IMILÁN, 1950.

⁸³ Las leyes escandinavas, francesa, belga, alemana y holandesa, así como la madrileña, la balear y la vasca presuponen necesariamente una declaración de voluntad. Las leyes catalana, aragonesa y navarra establecen una fórmula mixta, pues se aplican tanto a parejas que voluntariamente se acogen al sistema instaurado por la norma, como a las que sin acogerse se les aplica como consecuencia de una convivencia prolongada por uno o dos años.

geregistereed partnershap holandesa y las uniones escandinavas, por un lado, y las que no llegan a tener ese *status*, como el PACS francés, la *cohabitation légale* belga y la germana *eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz*.

Desde la óptica de nuestra Constitución española (desde un punto de vista positivo) las uniones de hecho responderían a que el respeto al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), puesto en relación con el derecho a no contraer matrimonio (art. 32 CE en negativo), entendido como autonomía de la voluntad, requiere que no se desconozca la libertad de elección entre matrimonio y la unión libre.

Y también desde la óptica de nuestra Norma Fundamental (desde un punto de vista negativo) no existe obstáculo en admitir la regulación de carácter unitario y orgánico de uniones de hecho, es decir, no existe impedimento de constitucionalidad respecto de la institucionalización de la unión libre o de que determinadas uniones libres impliquen la creación de un *status*.

De igual modo, cabe indicar que estas uniones se englobarían dentro de una de esas modalidades de «familia» permitida por el artículo 39 CE a las que aludimos en su momento en este trabajo⁸⁴.

Llegados a este punto, podría plantearse que, dado que el artículo 32 CE regula el matrimonio entendiéndolo en su concepción tradicional, esto es, como una institución reservada por el poder constituyente para las parejas heterosexuales, quedando, en consecuencia, vedada o prohibida su extensión a las parejas del mismo sexo, si la fórmula de las uniones o parejas de hecho constituye esa alternativa, esa institución semejante, paralela o análoga a la que aludimos con anterioridad. La respuesta no puede ser otra que no: las uniones de hecho no son la solución a la problemática suscitada, porque no serían esa institución análoga o semejante al matrimonio, por el elemento esencial diferenciador de la libre ruptura.

Como bien señala GAVIDIA SÁNCHEZ⁸⁵, si no se ha prestado consentimiento en alguna de las formas previstas por la ley, no habrá quedado excluida la libre ruptura de la unión, de forma que ésta podrá ser disuelta por decisión de cualquiera de sus integrantes, sin necesidad de demostrar una causa justa, por lo que se estaría en presencia de una unión libre; además de la discriminación frente a las parejas heterosexuales, que también se inscriben como uniones de

⁸⁴ IBARRA ROBLES, J. L., «El reconocimiento de efectos jurídicos a las uniones de hecho en el ordenamiento jurídico español: su evolución y aspectos a considerar en la actual iniciativa legislativa», en *El Derecho europeo ante la pareja de hecho*, Barcelona, 1996.

⁸⁵ GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V., «¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?» en *Revista Jurídica del Notariado*, 1999.

hecho: el legislador no debe violar la libertad de elección entre uniones con libre ruptura y sin ella (arg. Art. 10 CE, libre desarrollo de la personalidad, en relación con el artículo 32.1 en negativo, como derecho a no contraer matrimonio, aunque se conviva).

Es de la misma opinión TALAVERA FERNÁNDEZ⁸⁶ que sostiene que las uniones de hecho resultan incompatibles con el artículo 32 CE, ya que éste consagra una exclusividad del matrimonio de manera que cualquier otro tipo de relación convencional, homosexual y heterosexual, que no se constituya formalmente mediante un acto jurídico, no sería sino una legítima manifestación de «libertad civil» que, en absoluto debería trascender el ámbito de lo privado de las personas que la inician y la mantienen.

En definitiva, podemos afirmar que las uniones de hecho han jugado un papel muy importante de cara al reconocimiento de los derechos de las parejas de homosexuales (arts. 10.1 y 14 CE), pero no son la solución definitiva a la cuestión planteada. Puede decirse que las uniones de hecho se han configurado como una solución transitoria a las demandas planteadas por los colectivos de homosexuales, pero no pueden admitirse como instrumento de equiparación o, mejor dicho, equivalencia al matrimonio, entre otras razones porque el régimen configurado por estas uniones vendría a ser a modo de un matrimonio de segunda clase o categoría, toda vez que su régimen jurídico no tiene un grado de semejanza o analogía suficiente como para ver colmados los derechos de tales colectivos.

Por otra parte, si se afirma la equiparación al matrimonio de este tipo de uniones, tal equiparación también conllevaría la inconstitucionalidad de cuantas normas han sido dictadas en esta materia por las Comunidades Autónomas⁸⁷, por invasión del artículo 149.1.8.ª de la propia Norma Fundamental que, como ya quedó expuesto al inicio de este estudio, reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio». Sólo puede afirmarse la constitucionalidad de las legislaciones autonómicas en tanto en cuanto las uniones libres que regulan respectivamente no sean análogas, semejantes, equivalentes o paralelas al matrimonio.

Paralelamente, la regulación de cualquier tipo de fórmula análoga, equivalente, semejante o paralela al matrimonio en la que queda excluida la libre ruptura, regulada *ad hoc* para las uniones homose-

⁸⁶ TALAVERA FERNÁNDEZ, J. A., «La institucionalización...».

⁸⁷ Sobre esta cuestión puede consultarse SAURA, L. F., «Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de familia», Valencia, 1995 en la que considera que la única legislación autonómica posible sería la relativa a aspectos patrimoniales.

xuales (partenariado, pacto civil, unión civil, etc.⁸⁸), habrá de ser promulgada por el Estado, conforme al mismo título competencial, si bien no por lo relativo al segundo párrafo del artículo 149.1.8.ª antes referido (relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio) sino por su primer inciso: «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»⁸⁹, pues decir que la competencia debería corresponder al Estado en aplicación a lo previsto en dicho segundo párrafo, por entender que ese tipo de fórmula participa del concepto constitucional de matrimonio, sería incongruente con lo hasta aquí argumentado sobre que el constituyente ha blindado el artículo 32 CE, impidiendo que su concepto pueda extenderse a las uniones de personas del mismo sexo.

Ahora bien, la idea de matrimonio de homosexuales suscita un problema añadido cual es el de la adopción de menores por parte de las parejas homosexuales. Como ya quedó expuesto con anterioridad en el presente estudio, las legislaciones europeas que han institucionalizado la convivencia homosexual no permiten adoptar a estas parejas con la excepción de Holanda, a partir de 1999.

En España, cabe aludir, por un lado, al Código civil cuyos artículos 172 a 180 prevén la posibilidad de la adopción por una sola persona (con independencia de su relación afectiva), así como la adopción conjunta (sólo para el supuesto de matrimonio o de parejas de hecho heterosexuales, conforme a lo dispuesto en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre) y, por otro, a las leyes de parejas de hecho de Navarra⁹⁰ y del País Vasco⁹¹ que permiten el acogimiento y la adopción de menores por parejas de homosexuales de forma conjunta, con los mismos derechos y obligaciones que las parejas unidas por matrimonio. El Anteproyecto de Ley aprobado por el actual Gobierno de la Nación⁹² establece, de igual modo, esta posibilidad ya regulada en las leyes navarra y vasca.

Como bien argumenta TALAVERA FERNÁNDEZ⁹³ la cuestión se suscita en una doble perspectiva: si la adopción es un derecho inherente a la pareja homosexual o si existe algún obstáculo legal para que una pareja homosexual pueda acceder a la adopción conjunta de

⁸⁸ La necesidad de la diferenciación terminológica es también puesta de manifiesto por el Consejo de Estado (Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto IV, C, b).

⁸⁹ Así lo entiende también el Consejo de Estado (Dictamen 2628/2004, de 16 de diciembre, Punto IV, C, e.) añadiendo, de igual modo, la previsión del 149.1.1.

⁹⁰ Ley Foral 6/2000, de 3 de julio.

⁹¹ Ley 2/2003, de 23 de mayo.

⁹² Vid nota 5.

⁹³ TALAVERA FERNÁNDEZ, J. A. «La institucionalización...».

menores. En ese sentido, dicho autor explica que la adopción está contemplada como una institución dirigida a «cumplir la finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal (...), fundada en la necesaria primacía del interés del adoptado, que debe prevalecer (...) sobre los demás intereses en juego en el curso de la adopción, como son los adoptantes y los de los padres o guardadores del adoptado»⁹⁴, de tal suerte que no cabe plantear, en modo alguno, la adopción como un derecho del que puede solicitarla, sino sólo desde los intereses del menor que va a ser adoptado, por ser ésta una legislación protectora, tuitiva y no declarativa de derechos. Por tanto, *sensu stricto*, nadie, individuo o pareja, casada o no casada, heterosexual u homosexual, tiene derecho a adoptar un menor, sino que es el menor el que tiene el derecho a ser protegido en sus derechos fundamentales, siendo la institución de la adopción una de los instrumentos a través del cual se puede articular esa protección.

En ese sentido, puesto que la adopción no es un derecho de los adoptantes, no puede considerarse como un elemento intrínseco ni del matrimonio ni de cualquier otra institución *more uxorio* no matrimonial. De este modo, quedaría rechazada la primera de las dos perspectivas antes mencionadas, es decir, la existencia de un posible derecho de las parejas de homosexuales a adoptar.

En cuanto a la segunda, esto es, la relativa la existencia de obstáculos legales para que la pareja de homosexuales acceda a la adopción, TALAVERA FERNÁNDEZ llegaba a la conclusión de que no, y que se trata de una cuestión de idoneidad para desempeñar adecuadamente la función de adoptante como protector de los derechos e intereses del menor, de tal forma que, a su modo de ver, la cuestión sobre quiénes pueden adoptar no puede plantearse en términos de discriminación entre unos u otros tipos de individuos o de parejas, heterosexuales y homosexuales, cuestión esta última sobre la que discrepo, precisamente sobre la base de la jurisprudencia constitucional en la materia referida en este trabajo.

Efectivamente, se trata de una cuestión de idoneidad para desempeñar tales funciones de protección y, así, los expertos en la materia sostienen que ese ámbito idóneo para el desarrollo del menor no es otro que el de la pareja heterosexual, ya sea de hecho o con forma de matrimonio⁹⁵.

⁹⁴ Tercer párrafo del Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

⁹⁵ Recojo aquí las declaraciones del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid al Diario *La Razón* el 26 de septiembre de 2004: «El modelo de pareja heteroparental (padre-madre) es el que se ajusta más adecuadamente a las necesidades de crecimiento y desarrollo de los menores en situación de adopción o acogimiento. Es lo que la experiencia ha demostrado hasta el momento». No existe una posición inequívoca en esta materia, pero la

De ese modo, teniendo en cuenta que la categoría susceptible para la protección el menor adoptado es la de la pareja heterosexual, es plenamente ajustado al principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE que el legislador establezca las diferencias que considere convenientes u oportunas para impedir que los individuos y las parejas homosexuales puedan adoptar menores, por no constituir ese ámbito idóneo de desarrollo del menor.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, es preciso finalizar estudiando qué efectos podría producir, en particular, en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid una hipotética declaración de inconstitucionalidad de la Ley que pretende aprobar el actual Gobierno de la Nación en virtud de la cual se extenderá a las parejas de homosexuales la posibilidad de contraer matrimonio. A mi modo de ver, una vez aprobada la ley que permitiese casarse a las parejas de homosexuales, ley que, en realidad, se concreta en la modificación de los artículos correspondientes del Código civil, estas parejas comenzarán a desechar la vía de la unión de hecho para formalizar su relación *more uxorio*; si como parece, la nueva ley no daría lugar a la convalidación o, mejor dicho, conversión de las uniones de hecho registradas de homosexuales en matrimonios, habrá que ver que actitud toman dichas parejas, si mantienen su unión de hecho o si proceden a casarse.

Si nos planteamos un escenario extremo en el que todas las parejas homosexuales inscritas en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid cancelaran su inscripción, como consecuencia de proceder a convertir su relación en matrimonio, en términos porcentuales el Registro mencionado vería disminuido el número total de parejas que se inscriben en torno a un 9%. Por tanto, desde el punto de vista del funcionamiento del Registro, la aprobación de la referida Ley que posibilite contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo no tendría una especial trascendencia, pues, está claro, sus usuarios, si se nos permite la expresión, son mayoritariamente parejas heterosexuales.

mayoría de los estudios realizados consideran que no es idónea la pareja homosexual como lugar para el desarrollo del menor; esta situación puede producirles confusiones. Su equilibrio afectivo se apoya en dos roles: padre y madre. Estos niños pueden tener una realidad desenfocada al ver que sus compañeros tienen una familia distinta a la suya. El psicólogo del equipo técnico del Defensor del Menor dice que muchas de las investigaciones llevadas a cabo en países como el Reino Unido o Alemania ven la adopción por parejas de homosexuales como una aberración. En este punto, es preciso resaltar que el Consejo de Estado en el Dictamen emitido con ocasión del anteproyecto de Ley (2628/2004, de 16 de diciembre, punto I-), critica que no se haya recabado el oportuno informe de la Dirección General de las Familias y la Infancia.

La cuestión fundamental sería plantearse qué consecuencias tendría una supuesta declaración de inconstitucionalidad de la citada ley por parte del Tribunal Constitucional, en el supuesto de que fuese recurrida ante el Alto Tribunal y éste llegara a la misma conclusión a la que se llega en el presente estudio.

8. CONCLUSIÓN

Del estudio realizado, cabe concluir que de la exégesis del artículo 32 CE se deduce, primero, que no existe, como tal, un derecho al matrimonio homosexual en la Carta Magna; segundo, puede afirmarse, de igual forma, que existe una prohibición constitucional que impediría extender el ejercicio del derecho al matrimonio a dichas parejas, toda vez que con la expresión «hombre y mujer» el constituyente quiso dejar claro que el matrimonio sólo puede entenderse en su concepción tradicional, es decir, que se predica de las relaciones *more uxorio* entre parejas heterosexuales, sin que, de ningún modo, pueda considerarse que el hecho de que las parejas de homosexuales carezcan de ese derecho suponga discriminación alguna con arreglo al artículo 14 CE, pues, precisamente, el constituyente al hacer expresa alusión al «hombre y mujer» quiso blindar la institución del matrimonio a las parejas de diferente sexo, sin que sea de aplicación la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, sino que lo que vino a establecer es un *favor matrimonii* o régimen especial de discriminación positiva del matrimonio, discriminación, por otra parte, que el Tribunal Constitucional ha considerado ajustada al propio principio de igualdad, pues la igualdad prevista en nuestra Carta Magna no es de tipo material o de hecho, sino formal o de derecho. Tercero, no siendo posible extender el derecho del matrimonio a las parejas homosexuales, el legislador ordinario y estatal, sin tacha alguna de inconstitucionalidad, podría regular la creación de una institución análoga, semejante, equivalente o paralela al matrimonio para las parejas del mismo sexo, sobre la base de los artículos 10.1 y 14 CE, en conexión con el primer inciso del artículo 149.1.8.º, institución que podría denominarse partenariado, pacto civil, unión civil, etc., y que, quinto debería ser, en todo caso, diferente a la de las parejas registradas o uniones de hecho, pues éstas se caracterizan por el elemento de libre ruptura, nota que las distingue del matrimonio, y distinguiría de la nueva institución análoga al matrimonio, donde la ruptura no es libre, sino por justa causa. Sexto, no existiendo, *sensu stricto*, el derecho a adoptar, sino que lo que nuestro ordenamiento jurídico establece es un derecho a la protección del menor, los contrayentes de esta nueva

institución semejante al matrimonio se encontrarían incursos en una causa que impediría que un menor fuese adoptado por parejas homosexuales, al no ser éstas las idóneas para el desarrollo del menor, según coinciden, mayoritariamente, los expertos en materia de la defensa y protección de menores.

LA EXTENSIÓN DE EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS; EL ARTÍCULO 110 DE LA LJCA

POR

JAVIER ESPINAL MANZANARES

LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 110. 2.1. Ámbito de aplicación. 2.2. Requisitos para la extensión de efectos. 2.2.1. Requisitos procesales. 2.2.1.1. Sentencia firme. 2.2.1.2. Sentencia reconocedora de una situación jurídica individualizada. 2.2.1.3. Competencia del Juez o Tribunal sentenciador. 2.2.2. Requisitos de fondo. 2.2.2.1. Identidad de situaciones. 2.2.3. Requisitos de actividad. 2.2.3.1. Plazo para la solicitud de extensión. 3. PROCEDIMIENTO. 4. CAUSAS DE DESESTIMACIÓN. 4.1. Existencia de cosa juzgada. 4.2. Contradicción del fallo de la sentencia estimatoria con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o con la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso previsto en el artículo 99 LJCA. 4.3. Acto firme y consentido. 5. RECURSOS.

1. INTRODUCCIÓN

Como regla general de nuestro Derecho procesal, podemos señalar la que dispone que las sentencias surten efectos entre las partes litigantes en el proceso, que son quienes resultan vinculadas por lo que en ellas se resuelve. Así en el ámbito contencioso administrativo y al amparo del artículo 72.3¹ de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/98, la regla general es que las sentencias estimatorias de pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada únicamente producirán efectos entre las partes.

Sentada la regla general se ha de reseñar que la propia Ley 29/98 contempla tres supuestos en los que los efectos de las sentencias no se limitan a las partes del proceso, previendo la extensión *ultra partem* de la eficacia de sentencias estimatorias. Dichos supuestos son los siguientes:

- El artículo 72.2, que se refiere a las sentencias anulatorias de una disposición general o de un acto que afecte a una pluralidad

¹ Dicho precepto señala que «La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes».

indeterminada de personas, y respecto de las que señala que producirán efectos para todas las personas afectadas.

- El artículo 110, objeto de estudio en el presente artículo, que contempla la extensión de efectos de sentencias que estimen pretensiones de plena jurisdicción en materia tributaria y de personal, permitiendo, como señala MARTÍN CONTRERAS³, a quienes sean titulares de una relación jurídica material idéntica a otra reconocida por sentencia firme, la posibilidad de beneficiarse de la misma con la ventaja de no tener que soportar la carga de instar un procedimiento judicial.
- El artículo 111, referido a la extensión de efectos de sentencias firmes a procesos en los que se hubiere acordado su suspensión al amparo de lo dispuesto en el artículo 37.2 de dicha ley.

Centrándonos por tanto en el referido artículo 110, hemos de señalar en primer lugar, que el mismo viene a cumplimentar una necesidad normativa reconocida a nivel jurisprudencial y doctrinal.

Así a nivel doctrinal se venía defendiendo la posibilidad de extender los efectos de las sentencias estimatorias a otros supuestos en idéntica situación, atribuyendo a los órganos judiciales facultades para fiscalizar la aplicación administrativa de los precedentes judiciales a casos análogos que no se habían llevado ante los Tribunales.

A nivel jurisprudencial es obligado comenzar por el Auto del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1985, en el que se planteaba la posibilidad de extender los efectos de una sentencia y el procedimiento para ello, esto es si podía pedirse en ejecución de sentencia o si había de solicitarse a la Administración. Dicho Auto que reconoció la vía del incidente de ejecución de sentencia para reconocer a terceros situaciones jurídicas individuales derivadas de la anulación de una disposición general, señalaba al respecto que *«Por consiguiente, hay que compatibilizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, con el también constitucional de seguridad jurídica. Sin merma de la posibilidad del Tribunal sentenciador de adoptar todas las medidas precisas para traducir a la realidad las consecuencias de las declaraciones de la sentencia, la Administración necesita dictar actos administrativos de obligada emisión y realización material, según le ordene aquél, ya que en virtud del principio de legalidad, los entes administrativos no pueden obrar de otra forma. Ahora bien, si la Administración no reconoce los efectos del artículo 86.2 de la Ley Jurisdiccional, no ha de seguir un nuevo proceso contencioso-administrativo, lo cual haría poco ope-*

³ LUIS MARTÍN CONTRERAS, *La extensión de efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa en materia tributaria y de personal*. Editorial Comares, 2000.

rativa dicha norma, sino que frente a la negativa, los afectados pueden, conforme a los artículos 103 y siguientes de citada ley, insertarse dentro de la fase ejecutiva del proceso anterior, para que los efectos de la sentencia les alcance».

La posición de dicho Auto no fue, sin embargo, continuada por los pronunciamientos judiciales posteriores, que rechazaron la extensión ultra partem de los efectos de la sentencia. Podemos citar como ejemplo lo dispuesto en la STS de 29 de febrero de 1996 al señalar que *«El tenor literal del artículo 86.2 de la LJCA —única norma que en la Ley Jurisdiccional contempla y ampara los casos que se examinan— no puede ser potenciado por la vía de una interpretación expansiva ya que institucionalmente la eficacia «ultra partes» de una sentencia no ofrece dudas cuando la misma estima una pretensión de anulación en cuanto que, anulado el acto o disposición recurridos, desaparecen todas sus consecuencias jurídicas cualquiera que fuere la persona afectada, aunque ésta no haya sido parte en el proceso, pero no reviste la misma claridad cuando se reconoce una situación jurídica individualizada, dado el carácter personal de este pronunciamiento, que sólo es posible cuando se ha llegado a él con las garantías que comporta un auténtico proceso».* continúa señalando dicha sentencia que *«La doctrina que se acaba de expresar sí ha sido afirmada por este Tribunal en el Auto de 7 diciembre 1989, dictado a propósito de un incidente de ejecución de sentencia en materia de funcionarios pero análogo al que aquí se examina, y se confirma además plenamente, entre otras, en las Sentencias recientes de 12 noviembre 1991 (RJ 1991/8809), 23 febrero 1993 (RJ 1993/545), 4 marzo 1994 (RJ 1994/2007) y 4 marzo 1995 (RJ 1995/2099), que declaran que los efectos «erga omnes» de las sentencias anulatorias de disposiciones generales y, aun, de actos administrativos con múltiples destinatarios alcanzan a quienes se encuentran en la misma situación que los recurrentes, pero que ello no posibilita el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, y razonan también que el efecto «erga omnes» de la anulación de un acto administrativo debe provocar la extinción de los procesos iniciados por otras personas contra el mismo acto, en virtud de la satisfacción extraprocésal de la pretensión. Se debe añadir, en este sentido, que la cosa juzgada despliega sus efectos respecto de los procesos ulteriores excluyendo, en sentido negativo y en caso de sentencia anulatoria, un nuevo enjuiciamiento sobre el fondo de una nulidad que ya ha sido declarada. En caso de que se pida en el proceso ulterior el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, la cosa juzgada actuará también en su función prejudicial o positiva, ya que el Tribunal quedará vinculado por la sentencia anulatoria anterior».*

No obstante la posición restrictiva de la sentencia transcrita, en ella se reconocía la conveniencia de una reforma legal en la materia,

al declarar que «Es cierto que el incidente de ejecución de sentencia adquiere o debería adquirir —en casos como el que se examina de extensión «ultra partes» de una sentencia a terceros procesales interesados— la relevancia de un auténtico procedimiento que evita la repetición de múltiples procesos que se entienden innecesarios, lo que podría tal vez determinar la pertinencia de fundamentar la impugnación o crítica de tal extensión por la vía del motivo de inadecuación del procedimiento del repetido artículo 95.1.2 de la LJCA, como intenta la parte recurrente, pero lo cierto es que el incidente no ostenta, en el estado actual de legislación que regula este orden de jurisdicción, tal sustantividad, lo que obliga a considerar improcedente el encaje formal que se ha dado al motivo primero».

En esta misma línea la Sección Especial de la Comisión General de Codificación constituida para la reforma procesal, abogó por la extensión de efectos de la sentencia, no sólo a los afectados por el acto recurrido, sino a todos lo que se encontrasen en idéntica situación y resultasen afectados por la misma posición jurídica, aunque su situación se hubiese resuelto en actos administrativos separados, sin que operara en esos casos el principio del acto consentido.

2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 110

2.1. Ámbito de aplicación

El artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala, tras la reforma operada en la misma por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en su apartado primero que:

«En materia tributaria y de personal al servicio de la Administración Pública, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo. b) Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada. c) Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de ésta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de la Ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a éste».

Se desprende fácilmente del apartado transcrito que la extensión de efectos operara únicamente en dos ámbitos, la materia tributaria, y el de personal al servicio de la Administración Pública, por lo que lógicamente procede en primer lugar delimitar dichos ámbitos.

Refiriéndonos en primer lugar a la «materia tributaria», hemos de señalar que el Proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no contenía referencia alguna al ámbito tributario, reservando la extensión de efectos únicamente para el personal al servicio de la Administración Pública, si bien se introdujo finalmente en la ley a raíz de la enmienda n.º 308 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista³.

Al respecto de la delimitación de la «materia tributaria», MARTÍN CONTRERAS, considera que se deberá entender por tal todos aquellos recursos contenciosos que tengan por objeto la impugnación de la exacción de algún tributo, ya sea estatal, autonómico o local⁴. Por su parte LÓPEZ BENÍTEZ⁵ señala que la «materia tributaria» comprenderá todas aquellas cuestiones referidas a la inspección, gestión y recaudación de los tributos.

La sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, de 17 de abril de 2002, delimita a nivel judicial que debe entenderse por «materia tributaria», al señalar

³ La referida enmienda n.º 308, se justificaba en que «Con la inclusión en este precepto de la materia tributaria y teniendo en cuenta la sobrecarga de los Tribunales de este orden jurisdiccional, podrían evitarse la reiteración de múltiples procesos innecesarios».

⁴ La Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, define en su artículo 2.1 a los Tributos señalando al respecto que «Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración Pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos». A su vez los clasifica en impuestos, tasas y contribuciones especiales. Conceptuando cada uno de ellos de la siguiente manera: «a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de Derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.

Se entenderá que los servicios se prestan o las actividades se realizan en régimen de Derecho público cuando se lleven a cabo mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público y su titularidad corresponda a un ente público.

b) Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.

c) Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente».

⁵ MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ. «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, pp. 779 y ss.

que «Por "materia tributaria" debe entenderse la que tiene relación con la imposición y gestión de los tributos en general, y si bien es indiferente la Administración a que se refiere la sentencia, lo que no resulta posible es extender el concepto de tributo a otros ingresos públicos que no lo son, así dentro del concepto de tributos estarán incluidos los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales, pero no lo están las cotizaciones a la Seguridad Social, los precios públicos, las sanciones impuestas al margen del sistema tributario o las cuestiones relacionadas con la intervención administrativa en el mundo económico, no pudiendo realizarse la interpretación extensiva del artículo 110 que propugna el Auto impugnado, extendiéndose el concepto de "materia tributaria" a los ingresos o prestaciones públicas en general, siendo los tributos, una clase de ingresos públicos, pero resultando evidente que no se puede equiparar "ingreso público" a "materia tributaria", ya que el concepto de ingreso público como "sumas de dinero que percibe el Estado y demás Entes públicos para cubrir con ellos sus gastos y que una vez ingresados en las arcas públicas pierden su signo de procedencia de acuerdo con los principios de universalidad y unidad", es amplísimo y comprende ingresos de carácter muy distinto, que el legislador no ha querido incluir en el artículo 110, a excepción de los tributos».

En relación con el ámbito del «personal al servicio de la Administración Pública», existen multitud de pronunciamientos del Tribunal Supremo que han delimitado las cuestiones de personal con ocasión de lo prevenido en el artículo 113 de la extinta Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, referido al procedimiento especial en materia de personal.

De entre dichos pronunciamientos podemos destacar por su claridad, la STS de 3 de marzo de 1997, en la que se señala que «Son cuestiones de personal a estos efectos, según reiterada doctrina jurisprudencial, todas las cuestiones derivadas de una relación jurídico-administrativa o estatutaria entre una Administración Pública y su personal, ya se refieran al nacimiento o constitución de la relación jurídica (concursos, oposiciones, nombramientos), a su contenido (derechos económicos, ascensos), situaciones administrativas (excedencias) o extinción, incluso las peticiones de derechos pasivos (cfr., entre otras, las Sentencias de 27 marzo, 22 noviembre y 15 diciembre 1989 [RJ 1989/2133, RJ 1989/7835 y RJ 1989/9135] y 14 marzo 1990 [RJ 1990/3370])».

Se observa por otro lado que el artículo 110 se refiere genéricamente al personal al servicio de la Administración Pública, por lo que entendemos que subjetivamente deben considerarse incluidos en dicha previsión a todos los empleados de la Administración, ya presenten con la misma una relación de naturaleza administrativa o de

carácter laboral, si bien lógicamente en relación al personal laboral las posibilidades de aplicación del artículo 110 quedarán limitadas a aquellos supuestos en los que sea competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pese a la generosa amplitud con la que se han configurado legalmente las dos materias mencionadas, y pese al conocido volumen de litigiosidad que generan las mismas, no faltan autores que achacan al legislador cierta cicatería al no extender la posibilidad de extensión de efectos a otras materias⁶.

2.2. Requisitos para la extensión de efectos

En cuanto a los requisitos exigibles para que pueda procederse con la extensión de efectos de la sentencia contencioso-administrativa, podemos distinguir, requisitos procesales, requisitos de fondo y requisitos de actividad.

2.2.1. Requisitos Procesales

2.2.1.1. Sentencia firme

Se exige que la sentencia cuyos efectos se pretende extender sea firme, es decir, que no sea susceptible de recurso alguno. Por su parte el apartado sexto del artículo 110, señala que en los supuestos en que estuviere pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de ley, se suspenderá la resolución del incidente, hasta que se resuelva el mismo.

2.2.1.2. Sentencia reconocedora de una situación jurídica individualizada

El artículo 31.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, señala que el demandante también podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma.

⁶ Así por ejemplo LÓPEZ BENÍTEZ en la obra anteriormente citada se refiere a las expropiaciones con tasaciones conjuntas. Por su parte MARTÍN CONTRERAS señala que «no resulta fácil comprender cómo han podido quedar fuera de este procedimiento de extensión de efectos materias tan repetitivas como pueden ser las reclamaciones de responsabilidad patrimonial o a las referidas a Seguridad Social, por citar dos ejemplos, en los que también suelen producirse notables actos en masa que provocan un gran número de recursos» cit., p. 17.

En el supuesto de pretensiones de anulación, la extensión de efectos de la sentencia estimatoria a terceros que no han sido parte en el proceso se reconoce en la propia ley procesal, al señalar el artículo 72.2 que «La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas».

Para el caso de que la sentencia sea estimatoria de una pretensión anulatoria a la vez que de una pretensión de plena jurisdicción se debe considerar a la sentencia como susceptible de extensión de efectos, así por ejemplo Auto del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2004, en el que se dispone que «El apartado 1, del artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), no deja lugar a dudas acerca de que la extensión de los efectos de una sentencia firme sólo es posible cuando ésta es de plena jurisdicción, es decir, cuando reconoce una situación jurídica individualizada, distinción tradicional respetada por esta nueva Ley, en su artículo 31, en el que al regular las "pretensiones de las partes", distingue y dedica su apartado 1, a la pretensión simplemente anulatoria, consistente en la declaración de que el acto recurrido no es conforme a Derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones impugnados, y el apartado 2, a las pretensiones de plena jurisdicción, consistentes en el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, más la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda».

Esta misma distinción entre pretensiones simplemente anulatorias y de plena jurisdicción, se halla presente también en el artículo 42 de la Ley 29/1998, a efectos de la determinación de la cuantía.

En el caso de autos, la Sentencia cuyos efectos se pretende hacer extensivos es en principio anulatoria toda vez que la Sala anuló entre otros pronunciamientos el acto de derivación de responsabilidad solidaria por ser subsidiaria, pero además declaró (plena jurisdicción) que tal responsabilidad subsidiaria no alcanzaba las retenciones del IRPF por rendimientos del trabajo personal.

En consecuencia, la sentencia de esta Sala Tercera de 15 de julio de 2000, que resolvió el recurso Contencioso-Administrativo núm. 2791/1995 (RJ 2000, 7273), es, en principio, susceptible de la extensión regulada en el artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio».

2.2.1.3. Competencia del juez o tribunal sentenciador

Se exige que el Juez o Tribunal sentenciador sea competente territorialmente para conocer de la pretensión ejercitada por el recurrente que interesa la extensión de efectos. Tal y como señala el ATS de 17 de febrero de 2004 anteriormente mencionado, «Esta es una norma

que trata de respetar la competencia territorial, de los diversos Órganos Jurisdiccionales, en evitación de la "prórroga" de sus propias competencias, por vía de este incidente de extensión de efectos».

Será competente el órgano judicial que hubiese dictado la sentencia en primera instancia, independientemente por tanto de que se hubiera interpuesto contra la misma algún recurso, y es que como señala el artículo 103.1 LJCA el ejercicio de hacer ejecutar las sentencias compete al Juez o Tribunal que haya conocido del asunto en primera o única instancia.

Debe tenerse en cuenta que en materia de personal y según el artículo 14.1 LJCA, será competente, a elección del demandante, el Juzgado o Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado, de manera que será suficiente que la competencia territorial se dé en virtud de un u otro fuero.

2.2.2. Requisitos de fondo

2.2.2.1. Identidad de situaciones

El artículo 110 exige como requisito para la extensión que «los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo». Se emplea por la ley la fórmula propuesta por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, exigiéndose que la cuestión jurídica planteada al órgano judicial sea idéntica a la resuelta por la sentencia estimatoria cuya extensión se pretende. Así deberá analizarse por el Juzgado o Tribunal por un lado la situación en la que se encontraban los recurrentes que vieron estimada su pretensión, y aquella en la que se encuentran los que solicitan la extensión de efectos, y por otro la identidad entre la pretensión articulada en el proceso principal y la planteada vía artículo 110.

Tal y como señala XIOL RÍOS⁷, podría ser útil a efectos de determinar cuando concurre esta identidad de situación jurídica la consideración de los pronunciamientos del Tribunal Supremo recaídos al amparo del artículo 96 de la LJCA, sobre la identidad de situaciones, hechos, fundamentos, y pretensiones, necesaria para la interposición del recurso de casación para unificación de la doctrina.

A nivel de pronunciamientos judiciales cabe traer a colación el ATS de 21 de diciembre de 2001, en el que se señala que «La identidad

⁷ JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, PASCUAL SALA SÁNCHEZ y RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO. *Práctica procesal Contencioso-Administrativa*, Editorial Bosch, 1999. Tomo VII. pp. 255-276.

debe ser absoluta, pues no debe olvidarse que nos hallamos ante un acto de ejecución de la sentencia, de manera que no ha lugar a exponer fundamento jurídico alguno, es decir, a llevar a cabo un razonamiento jurídico declarativo, sino simplemente a sentar la identidad de situaciones jurídicas, para, sin más, aplicar y ejecutar el fallo de la sentencia».

Por su parte la sentencia de 30 de diciembre de 2002, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León, dispone al respecto «Son requisitos materiales para acceder a la solicitud de extensión:

1. Que el solicitante se encuentre en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.

Resulta obvio que éste es el primer y esencial requisito. Esta identidad de situación exige, en primer lugar que la controversia suscitada sea exclusivamente de tipo jurídica (STSJ Andalucía de 12 de 06 de 2000, rec. 151/1999), pues de requerirse la práctica de prueba para completar pretensión (que no es lo mismo que la práctica de prueba para acreditar precisamente la existencia de esa identidad jurídica), su resultado puede ser variado, no acomodándose este caso al diseño de este incidente.

También ha de mediar identidad en el planteamiento jurídico de la impugnación.

Una gran ayuda para aclarar el concepto de "Idéntica situación jurídica" la hallamos en el segundo requisito establecido por el art. 110.5 LJCA. Habrá esa identidad si concurren casi todos los elementos de la cosa juzgada, especialmente la identidad en la causa de pedir, es decir en el fundamento de la pretensión («eadem causa petendi») y la identidad en lo pedido («eadem objeto»).

Aun cuando será lo general que no exista identidad en las personas, es decir en las partes litigantes y de la calidad con la que lo fueron («eadem personae»), en algún caso es admisible (v. gr. STSJ de Cataluña de 26-9-2001) esa identidad del solicitante en los supuestos en que exista una absoluta identidad de la cuestión controvertida respecto de la sujeción y exención tributaria de unos mismos bienes, aunque la extensión se solicite por el favorecido por el fallo respecto de otro ejercicio tributario posterior.

Lo pedido por el solicitante ha de ser idéntico en su naturaleza a lo pedido y obtenido en el procedimiento cuya extensión se insta, así se debe tratar de una pretensión de reconocimiento de situación jurídica individualizada artículo. 31.2 LJCA (v. gr. una determinada indemnización) y no habrá identidad si en un proceso se obtuvo una pretensión anulatoria y en el otro se insta una pretensión de reconocimiento de situación individual. No obsta para la existencia de esta identidad que el montante económico —de ser este el contenido de la pretensión a exten-

der— coincida ni tampoco que no se determine ab initio, pues es perfectamente legítimo deferir su determinación para ejecución de sentencia (ATS de 7 de julio de 2000, rec. núm. 57/1998).

2.2.3. Requisitos de actividad

2.2.3.1. Plazo para la solicitud de extensión

La extensión de efectos deberá solicitarse por los interesados en el plazo de un año, a contar desde la última notificación de la sentencia a quienes fueron parte en el proceso. Para el caso de que se hubiese interpuesto recurso de casación en interés de ley o recurso de revisión, el referido plazo de un año se contara desde la última notificación de la resolución que los ponga fin.

3. PROCEDIMIENTO

Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, el procedimiento de extensión de efectos constaba de una primera fase de naturaleza administrativa, en la que en el anteriormente mencionado plazo de un año los interesados debían formular solicitud de extensión ante la Administración. Formulada la solicitud si transcurrían tres meses sin haberse notificado resolución expresa, o lógicamente cuando la Administración denegaba expresamente la solicitud, podía acudir sin más trámites al órgano jurisdiccional en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la notificación de la resolución expresa denegatoria, o en el caso de silencio administrativo, transcurrido el plazo de tres meses.

Actualmente la referida Ley Orgánica 19/2003, al dar nueva redacción al artículo 110, ha suprimido esta primera fase administrativa, estableciendo una única fase jurisdiccional, que comenzara con petición al Juzgado o Tribunal mediante escrito razonado «al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo».

Pese a que se señala que deberá aportarse el documento que acredite la identidad de situaciones o el documento o documentos que acrediten la no concurrencia de las circunstancias del apartado 5 del artículo 110, entendemos con ROSENDE VILLAR⁸ que la presenta-

⁸ CECILIA ROSENDE VILLAR. «La nueva regulación de la extensión de los efectos de la sentencia a terceros (la reforma del art. 110 LJCA)». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 633.

ción de estos documentos no tiene carácter alternativo como parece desprenderse del texto legal, esto es no se podrá presentar uno u otro, sino que deberán presentarse juntamente con la solicitud al órgano judicial, ambos documentos, de un lado los que acrediten la identidad de situaciones y de otro los que acrediten la no concurrencia de las circunstancias del apartado 5, a las que luego nos referiremos al contemplar las causas de desestimación de la petición de extensión.

Recibida la solicitud de extensión de efectos por el Juzgado o Tribunal competente para conocer de la misma, deberá recabar de la Administración los antecedentes que estime necesarios, y en todo caso un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión pretendida, requerimiento que deberá cumplimentarse en un plazo de 20 días. Asimismo la Administración deberá emplazar a los directamente afectados por los efectos de la extensión pretendida.

Una vez que se reciba dicha documentación se pondrá de manifiesto a las partes para que presenten alegaciones en el plazo común de tres días. Cumplido dicho trámite de alegaciones el Juez o Tribunal resolverá sin más por medio de Auto, en el que según la ley no podrá reconocerse una situación jurídica distinta de la definida en la sentencia firme de que se trate.

4. CAUSAS DE DESESTIMACIÓN

4.1. Existencia de cosa juzgada

Se apreciará la existencia de cosa juzgada cuando la pretensión ejercitada por quien pretende la extensión de efectos haya sido ya resuelta por sentencia, en cuyo caso habrá de estarse a lo resuelto por la misma.

Si bien la LJCA no se refiere expresamente a la litispendencia como causa de desestimación de la solicitud de extensión, la STS de 16 de enero de 2004, deniega la extensión de efectos interesada al apreciar la concurrencia de litispendencia. Dicha sentencia señala al respecto que «Uno de los motivos de casación señala como infringidos los artículos 110.1.b) y 110.5 de la LJCA/1998 (RCL 1998, 1741), y para ello censura el rechazo de la excepción de litispendencia que fue decidido por la Sala de instancia.

La litispendencia está expresamente recogida como un caso de inadmisibilidad en el 69.d) de la nueva Ley jurisdiccional de 1998 y su finalidad y naturaleza son coincidentes con los de la cosa juzgada. Está dirigida a evitar, en aras del principio de seguridad jurídica, que sobre una misma controversia puedan ser dictadas dos resoluciones jurisdiccio-

nales distintas y contradictorias, y opera con la concurrencia de las mismas identidades que establece el Código civil (LEG 1889, 27).

Tal causa de inadmisibilidad es de apreciar en el caso presente porque, como se ha hecho constar en el primer fundamento, los solicitantes del actual incidente de extensión de efectos de sentencia tienen iniciado y pendiente de decisión un proceso Contencioso-Administrativo ante la Sala de Cataluña en el que ejercitan la misma pretensión cuyo reconocimiento es perseguido.

Los autos recurridos también lo reconocen y, para rechazar el obstáculo, vienen a apuntar que el riesgo de contradicción se evitará con la "consecuencia probable... del desistimiento del recurso tras dictarse el Auto accediendo a la extensión de efectos"; pero esta argumentación no puede compartirse.

Se olvida que el desistimiento no depende de la mera voluntad del recurrente, ya que, una vez solicitado, el tribunal oír a las demás partes y, si se opusiere la Administración, podrá rechazarlo razonadamente (art. 74 de la LJCA de 1998); y que esta legal posibilidad de rechazo pone de manifiesto que la desaparición de la situación de litispendencia, y la total evitación del riesgo de dos procesos idénticos que puedan terminar el resoluciones contradictorias, sólo queda ahuyentada con la resolución judicial que decide el desistimiento».

4.2. Contradicción del fallo de la sentencia estimatoria con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o con la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso previsto en el artículo 99 LJCA

Se desestimará la extensión de efectos cuando la fundamentación jurídica de la sentencia cuya extensión se pretende sea contraria a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, o a la doctrina establecida por los diversos Tribunales Superiores de Justicia al resolver el recurso de casación autonómico para la unificación de doctrina.

Se ha de considerar no obstante que no parece que vaya a ser muy frecuente que el Juez o Tribunal que haya dictado la sentencia estimatoria que se pretende extender, vaya a reconocer al resolver la solicitud de extensión, que la sentencia por él dictada vulnera la jurisprudencia del Tribunal Supremo o los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que en su caso dicha vulneración debería haberse reconocido en la sentencia.

Si el Juzgado o Tribunal que hubiere dictado la sentencia estimatoria hubiese cambiado posteriormente la doctrina establecida en la misma o al resolver la solicitud llegase a la conclusión de que dicha

doctrina no es ajustada a la legalidad, entendemos que nada se opone a que en base a ello desestime la extensión de efectos.

En este sentido se pronuncia el Auto de 11 de diciembre de 2001, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, al disponer que «Pues bien, es aquí donde surge la cuestión esencial que el presente incidente plantea: ¿puede el Tribunal cambiar de criterio después de dictada la Sentencia pero antes de la extensión de efectos de ésta?

En este planteamiento resurge la diferencia entre el fenómeno ejecutivo y el extensivo: el primero impide todo cambio y toda otra actuación que no sea la efectividad de la Sentencia en sus propios términos y en el caso singular resuelto por ella. Pero ¿y en los no sentenciados?

Que un Tribunal puede cambiar de criterio es algo definitivamente adquirido por la jurisprudencia, sin que ello suponga quebranto del principio de igualdad, siempre que tal cambio esté justificado por razones que en todo caso han de expresarse al resolver. Ahora bien, pudiendo un Tribunal, como regla general, cambiar de criterio en procesos singulares separados, ¿le está vedado ese mismo cambio cuando se trata de pretensión o grupo de pretensiones extensivas?. Parece evidente que si la respuesta fuese afirmativa, vendríamos a desplazar, entre otros, los fundamentos de justicia, perfeccionamiento y progreso del Derecho, que el cambio está llamado a realizar. La economía procesal cumpliría entonces una finalidad contraria al fin esencial del proceso y privaría al Tribunal de la posibilidad que los procesos separados le permiten. Ad absurdum: si no fuese posible el cambio de criterio con ocasión del incidente de extensión, sucedería que con una primera y sola Sentencia, el Tribunal quedaría para siempre vinculado a ella no sólo en el caso por ella resuelto sino también y de un modo mecánico en todos los actuales pendientes y futuros que versaran sobre una situación jurídica idéntica.

La lógica jurídica nos lleva a ubicar la economía procesal en sus propios límites y a la conclusión de que, así como el Tribunal no pierde su íntegra potestad juzgadora y resolutoria (la plenitud e integridad de su Jurisdicción) en los casos de procesos separados, tampoco puede perderla ni verla cercenada en los de pretensiones extensivas. Con otras palabras, el incidente extensivo, con su finalidad puramente económica, no puede llegar hasta la amputación de la potestad de juzgar en todos los casos singulares no resueltos por Sentencia.

Esta conclusión aparece con una perspectiva adicional en el presente caso, en que precisamente hemos cambiado ya de criterio en Sentencia de fecha 19 de noviembre del año en curso, antes de resolverse el presente incidente. Es decir, no se trata de un cambio con ocasión del incidente de extensión de efectos (cambio que ya hemos dicho que podemos perfectamente realizar) sino que ese cambio se ha producido con

anterioridad en un recurso contencioso-administrativo separado y distinto. Y aquí una última razón, derivada de la misma regulación legal, se añade a las anteriores: si el órgano jurisdiccional no puede acordar la extensión de efectos cuando la doctrina de la Sentencia cuya extensión se pide fuese contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso de unificación de doctrina (art. 110.5), parece evidente que igualmente deberá denegarse cuando sea contraria a la doctrina seguida en definitiva por el propio Tribunal sentenciador; razón por la cual en el presente caso no cabe estimar, para la parte actora, un hipotético derecho a la igualdad, pues esta aparece determinable en definitiva, como término de comparación, por el criterio modificado».

4.3. Acto firme y consentido

La principal modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, consiste en la introducción como causa de desestimación de la extensión de efectos, el hecho de que para el solicitante de la extensión existiere acto administrativo que hubiere devenido firme por no haber sido recurrido en tiempo y forma.

En base a la redacción anterior de la LJCA se venía discutiendo a nivel doctrinal y judicial, sobre la pertinencia de exigir como requisito de la extensión, el que el interesado hubiese manifestado su disconformidad con el acto administrativo recurriéndolo en vía jurisdiccional, sin que estuviéramos por tanto ante un acto firme y consentido.

Discusión que también se manifestó durante la tramitación parlamentaria de la LJCA. Así por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria se presentó una enmienda por la que se introducía un nuevo requisito para la procedencia de la extensión, que consistía en que el interesado expresara su disconformidad con el acto de la Administración dentro del plazo previsto para la interposición del recurso contencioso. En el Proyecto de la LJCA, en el artículo 105.1.c) se incluía como requisito de la extensión, «Que sobre la materia no se hubiere dictado una resolución administrativa que, habiendo causado estado, haya sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma». Este requisito no fue sin embargo recogido en la redacción final de la LJCA, al aceptarse la enmienda n.º 138 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida, en la que se interesaba la supresión de dicho requisito, basándose para ello en la necesidad de evitar situaciones de desigualdad y de agravio comparativo entre los que hubiesen recurrido el acto administrativo y los que no lo hubiesen hecho.

La supresión de este requisito fue acogida con disparidad de criterios a nivel doctrinal. Dentro de la posición favorable a la supresión podemos mencionar a GONZÁLEZ PÉREZ⁹, según el cual «Se ha eliminado un requisito que figuraba en el proyecto del Gobierno y que desnaturalizaba por completo la finalidad y razón de ser de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia: que no se hubiese dictado resolución administrativa que hubiese sido consentida por los interesados», en la misma posición se sitúa XIOL RÍOS¹⁰ al señalar que «Interesa destacar, sin embargo, que el Proyecto LJCA mantenía una trascendental y negativa novedad introducida por el Proyecto de 1995 al margen de los informes del CGPJ y del Consejo de Estado: establecía el requisito (art. 105.1.c Proyecto LJCA) de que en la materia no se hubiera dictado una resolución administrativa que habiendo causado estado hubiese sido consentida por los interesados por no haberse interpuesto contra ella recurso contencioso-administrativo en tiempo y forma».

Dentro de los autores críticos dicha supresión cabe traer a colación entre otros a VEGA LABELLA¹¹, que señala al respecto que «La supresión de este requisito no puede merecer favorable crítica, sino todo lo contrario. Con ella caen por su propia base la teoría de los actos consentidos y la propia esencia de la prescripción extintiva de los derechos», en posición coincidente se manifestaba REBOLLO PUIG¹², al indicar que «Si ni siquiera se aceptan estas limitaciones y se admite que para extender el reconocimiento de derechos a terceros se puede en ejecución anular o simplemente ignorar actos administrativos firmes que en absoluto fueron discutidos en el proceso y sobre los que no se pronunció la sentencia, el artículo 110 acabará por crear muchos más problemas que los que pretende resolver».

Merece un juicio favorable el haber introducido como requisito para la extensión de efectos, el que por el interesado se haya recurrido en vía administrativa o judicial el acto administrativo en materia de personal o de carácter tributario que le afecta, pues la situación anterior daba lugar a resultados que comprometían seriamente el principio de seguridad jurídica al permitir vía la extensión de efectos, el desconocer u obviar la existencia de actos administrativos que habían devenidos firmes en relación con una persona, a la que se le procuraba acudiendo a la vía del artículo 110, el prescindir de lo resuelto

⁹ JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tercera edición. Civitas. Cit., p. 1864.

¹⁰ Cit., p. 261.

¹¹ JOSÉ IGNACIO VEGA LABELLA, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Aranzadi. Cit., p. 914.

¹² MANUEL REBOLLO PUIG, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998». *Revista Española de Derecho Administrativo*. Núm. 100. p. 537.

en dichos actos, a los que por otro lado había prestado conformidad al no recurrirlos oportunamente.

En el mismo sentido es de señalar que si por imperativo del artículo 28 LJCA no es admisible el recurso contencioso-administrativo contra los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma, tampoco debería ser admisible que accedieran al ámbito judicial, al amparo del artículo 110, actos que no fueron recurridos por los interesados cuando pudieron haberlo hecho.

Por otro lado en estos supuestos de existencia de acto administrativo firme, la conducta de los solicitantes de la extensión iría contra el principio de los actos propios, toda vez que si en un primer momento el interesado al tener conocimiento del acto, acepta el contenido del mismo, dándolo por bueno y no recurriéndolo, no podría posteriormente manifestar su disconformidad con el mismo aprovechando un pronunciamiento judicial favorable a sus intereses, pero recaído en un procedimiento en el que no ha sido parte.

5. RECURSOS

El apartado séptimo del artículo 110 se remite en cuanto a la impugnación del auto que resuelva sobre la solicitud de extensión, a las reglas generales del artículo 80 LJCA, que ha sido igualmente modificado por la mencionada Ley Orgánica 19/2003.

Dicho artículo 80 señala en su apartado 2.º que «La apelación de los autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo en los supuestos de los artículos 110 y 111, se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende».

Habrà que estar por tanto a la sentencia estimatoria para determinar la posibilidad de recurrir en apelación los autos de los Juzgados de lo Contencioso y Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, frente a la regulación anterior en la que se disponía que estos autos eran apelables en todo caso.

Para el supuesto de autos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia o por la Audiencia Nacional, el artículo 87.2 LJCA prevé la posibilidad de recurrirlos en casación en todo caso, con independencia por tanto de que la sentencia estimatoria cuya extensión se pretende, sea o no recurrible en casación.

ANÁLISIS DE LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

POR

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

PROFESOR TITULAR (EU) DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

SUMARIO: 1. EL AÑO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD Y SU CONTENIDO AXIOLÓGICO. 2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EN EL AÑO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD. 2.1. En los Textos Institucionales de la Unión. 2.1.1. En el Tratado Constitutivo de la Unión. 2.1.2. En la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. 2.1.3. En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2.1.4. En el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. 2.1.5. Recapitulación. 2.2. Ámbitos concretos de actuación normativa. 2.2.1. El principio general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y sus manifestaciones concretas. 2.2.2. El acoso por motivos de discapacidad. 2.2.3. En lo que respecta a las capacitaciones profesionales de los trabajadores discapacitados. 2.2.4. En el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados. 2.2.4.1. El régimen de las ayudas directas para la creación de empleo. 2.2.4.2. Las medidas de acción positiva. 3. CONCLUSIONES.

1. EL AÑO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD Y SU CONTENIDO AXIOLÓGICO

La Decisión 2001/903/CE del Consejo, de 3 de diciembre de 2001¹, declaró que el año 2003 sería el «Europeo de la Discapacidad». Ello ha supuesto un notable impulso a la actividad normativa e institucional de la Unión Europea con respecto a esta condición social, principalmente en su relación con el empleo², al entenderse que no hay igualdad, ni integración social, sin una adecuada política a favor del fomento del empleo de los discapacitados.

Se entiende así, que en la Europa de los ciudadanos también se incluyen, decididamente además, a los discapacitados, y no ya como un mero apéndice estadístico o documental con respecto a los no discapacitados (¿cabe mayor eufemismo?) como se criticaba en las épo-

¹ DOUE de 19 de febrero de 2001.

² La página web oficial dedicada al evento puede consultarse en la siguiente dirección de internet: http://www.eypd2003.org/eypd/index.jsp?country=&lang=es&submit_preferencas=Go.

cas de expansión de la «Europa de los Mercaderes», sino como la plasación, práctica y legal, del compromiso asumido de considerarles únicamente en su aspecto de ciudadanos.

Ciudadanos, eso sí, que necesitan, como forma de proyectar el aspecto más social de un Estado moderno, atenciones especiales en algunos ámbitos de su vida, también en su relación con el empleo, como sucede por otra parte, legislativa y prácticamente, con otros muchos grupos de compatriotas (pues éstos son los congéneres que gozan de la misma consideración jurídica en un idéntico ámbito geográfico-político determinado) que pudieran incluirse en algunas de las categorías de minorías dignas de protección singular: mujeres, menores, inmigrantes, mayores, etc.

En esta permanente revolución en el empleo que hemos vivido en el último cuarto del siglo pasado, que augura movimientos telúricos de incontenible vigencia para el presente³, se está produciendo, en relación con el empleo de los trabajadores con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales, un paralelismo significativo con respecto al advenimiento del Derecho del Trabajo mismo en los albores de la Revolución Industrial.

En efecto, el nacimiento de un sector específico dentro del campo jurídico que se dedicara a atender los problemas sociales que generaba la expansión del trabajo asalariado por cuenta ajena encontraba su fuente primaria (y primigenia) de justificación en la protección del antagonista laboral situado en la posición jurídica y social más débil.

El Derecho del Trabajo se construye por y para el trabajador, por y para el asalariado, por y para el obrero. Ahora, en nuestra actual realidad social que asume, hasta sus últimas consecuencias la sociedad del trabajo como fórmula de crecimiento económico y social del conjunto de los ciudadanos⁴, y ausente la crítica —racional, se entiende— al fenómeno mismo del trabajo y las instituciones que lo configuran jurídicamente (el contrato de trabajo, el convenio colectivo, la representación institucional de los sindicatos, principalmente) se ha generado una diferente axiología del empleo, que entiende necesario adecuar el dogma liberal en el que hasta ahora se ha desarrollado la juridificación del trabajo y la producción a los postulados que se infieren de estos nuevos valores, potenciando, específicamente, los aspectos no estrictamente productivos del mismo, en particular aquellos que se relacionan con la integración social de todos los ciudadanos-

³ Véase, en este sentido, el ensayo de RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Ed.: Paidós, 7.ª ed., Barcelona, 1996.

⁴ En perspectiva histórica puede consultarse el estudio de ARENAS POSADAS, C.: *Historia económica del trabajo (siglos XIX y XX)*. Ed.: Tecnos, Madrid, 2003.

trabajadores, también, por tanto, de los incapacitados, buscando, en fin, un paradigma igualitario en el ejercicio del trabajo.

Así, el debate no gira ya —en la sociedad europea, al menos— sobre la construcción jurídica de un modelo de empleo que se ha mostrado evolucionado y tuitivo del trabajador, sino sobre las bondades del sistema normado, y, en lo que a nosotros importa, sobre las posibilidades que ofrece el presente para integrar en su seno a sectores muy amplios de la sociedad que tradicionalmente han estado ausentes (incluso excluidos) del mercado laboral, por diversas razones, aunque todas ellas relacionadas con la especulación que se vincula a la optimización de la mano de obra, en el mal entendido sentido de considerarla, únicamente, como un coste más en la producción.

La Organización Internacional del Trabajo, cuya normativa sobre el trabajo de los discapacitados ha tenido una importante influencia en el proceder normativo de la Unión, calcula, en este sentido, que en el mundo la tasa de desempleo de los trabajadores que sufren algún tipo de discapacidad se sitúa alrededor del 80%, alcanzando prácticamente el 100% en algunos países del planeta, alertando sobre el aumento desmedido del desempleo que sufren los trabajadores discapacitados ubicados en el ámbito geográfico europeo desde comienzos de la década de los noventa, debido, sobre todo, a la recesión económica que se ha experimentado en dicho ámbito y al desenfreno en la utilización de las políticas de corte neoliberal⁵.

Por su parte, la Unión Europea reconoce que tan sólo el 42% de las personas con discapacidad ocupan un puesto de trabajo, frente al 65% de las personas no incapacitadas. Desde otro punto de vista también se afirma que el porcentaje de la población económicamente inactiva en las personas no incapacitadas se eleva al 28%, frente al 52% en las personas discapacitadas⁶. En el mercado de trabajo español, la tasa de inactividad de los trabajadores discapacitados se eleva al 90%⁷, circunstancia que convierte a este colectivo en uno de los más propensos a sufrir exclusión social por la ausencia de un empleo remunerado.

⁵ Véase, en este sentido, Director General de la OIT: *La hora de la igualdad. Informe global con arreglo al seguimiento de la declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Confederación Internacional del Trabajo, 91ª reunión 2003. Ed.: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, pág. 38.

⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo. (COM /2003) 0650 final, de 30 de octubre de 2003.

⁷ Según el estudio de SHUM, G.; CONDE, A. y IGLESIAS, M.: *La mujer con discapacidad física y su situación sociolaboral*. Ed.: Paideia, A Coruña, 1998, pág. 28.

Por ello, el «nuevo» Derecho del Trabajo no va a girar (*rectius*: no debe girar) sobre el obrero, como acaecía en el «clásico» modelo que sirvió de base para la argumentación jurídica de sus instituciones en el siglo XIX, sino sobre el ciudadano, sobre la persona física integrada en un contexto político y titular de derechos públicos subjetivos oponibles frente al Estado, en su sentido de derechos de configuración legal.

Al igual que la batalla fundamental del Derecho del Trabajo de las últimas décadas del siglo XX fue la integración laboral de las mujeres en el trabajo, la del siglo XXI será la integración socio-laboral de otro de los grupos tradicionalmente ausentes del mercado laboral: los discapacitados.

Es en este ámbito donde la producción jurídica de la Unión ha experimentado en estos últimos años una inflación excesiva, explicable, sólo en parte, por el peculiar sistema normativo de la misma. Con todo, ha de reconocerse el esfuerzo de sistematización que se ha experimentado en el Año Europeo de la Discapacidad, como se pretende exponer en este trabajo.

2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA DE LA UNIÓN EN EL AÑO EUROPEO DE LA DISCAPACIDAD

La correcta apreciación de la evolución normativa de la Unión con respecto al fomento del empleo de los trabajadores discapacitados y su protección jurídica no puede calibrarse adecuadamente sin una breve referencia a los textos fundacionales de la Unión de los que derivan los principios informadores que luego son recogidos en los textos más concretos. Por ello parece conveniente separar ambos ámbitos de atención, estudiando separadamente ambas cuestiones.

2.1. En los Textos Institucionales de la Unión

Aunque las referencias contenidas en los Textos Institucionales de la Unión son eminentemente políticas, careciendo por tanto de eficacia técnico-jurídica en lo que supone la articulación de mecanismos de protección de los trabajadores discapacitados, es conveniente repasar cómo se articulan en ellos los derechos referidos a este colectivo, en la medida en que, de un lado, potencian la ulterior actividad normativa de la Unión, y, de otro, sirven de parámetros de valoración del Estado social en el que se encuentra la Unión.

2.1.1. En el Tratado Constitutivo de la Unión

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su versión consolidada tras el Tratado de Niza⁸, prevé la discapacidad del ciudadano europeo desde diversos puntos de vista. Así, en el nuevo artículo 13.1 encomienda al Consejo, como objetivo programático de la política de la Unión, la posibilidad de «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Se asegura con ello, en el pórtico del texto base del funcionamiento orgánico de la Unión y como principio que ha presidir su acción normativa, la proscripción de toda forma de discriminación basada en la discapacidad de sus ciudadanos.

En el mismo Tratado, ya en su Título XI, dedicado a la Política Social, de Educación, de Formación Profesional y de Juventud, en su artículo 136 se reconoce como objetivo de la política social de la Unión la lucha contra cualquier clase de discriminación, entre las que cabe incluir la referida a motivos personales como lo es la discapacidad.

2.1.2. En la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores

La Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989, aprobada el 9 de diciembre de 1989, en forma de Declaración, por parte de todos los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros con excepción del Reino Unido, aunque carece de una eficacia jurídica vinculante plena, se considera un instrumento político que refiere «obligaciones morales» destinadas a garantizar el respeto de determinados derechos sociales en los Estados miembros, y se pretende que los órganos institucionales de la Unión en su proceder legislativo reconozcan estos principios como rectores de su actuación normativa.

Entre ellos figura el principio (art. 26-1) de que «Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social». La mención que emplea el inciso a las «medidas adicionales concretas» ha servido de base para que la política de la Unión articule las conocidas como «medidas de acción positiva», como se verá más adelante⁹.

⁸ DOUE de 24 de diciembre de 2002.

⁹ El antecedente más inmediato de esta Carta, lo constituye la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y ratificada por España el 29 de abril de 1980.

Aun cuando la eficacia jurídica de lo dispuesto en esta Carta no es vinculante para los países de la Unión, constituyendo una mera declaración de intenciones políticas con respecto a los derechos que regula, sí es cierto que instituye el zócalo sobre el que se edifica la protección social de la Unión. Ciertamente, y como afirma DE LA VILLA, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 constituye, a lo sumo, un «adorno en la vitrina comunitaria», aunque tiene el mérito de conformar la etapa preconstitucional de la incorporación de los derechos sociales al TUE¹⁰, además de haber guiado los Programas de Acción Social de la Comunidad¹¹ y algunas directivas comunitarias de protección social¹², configurándose como el momento clave en el que la Unión (entonces Comunidad) se convence de la necesidad de asegurar que el espacio económico interior debe estar asentado no sólo —ni siquiera prioritariamente— en políticas industriales, económicas y monetarias, sino también en políticas sociales que garanticen los valores comunes de civilización que imperan en la generalidad de los Estados miembros del espacio político europeo¹³.

La idea que subyace en la Carta de 1989, es crear un espacio social comunitario en parangón con el mercado común único. No obstante sus altos propósitos, su no oponibilidad frente al no cumplimiento de sus mandatos, su insuficiencia en lo que respecta a la determinación concreta de los derechos que establece, y las dificultades intrínsecas

(BOE de 26 de junio). Dicha Carta fue revisada el 3 de mayo de 1996, pero no ha sido ratificada aún por España, no formando parte, por ello, de nuestro ordenamiento jurídico interno (un análisis de la original carta, con especial referencia a los «grupos vulnerables», en DÍAZ BARRADO, C.: «La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa», en VV. AA.: *Política Social Internacional y Europea*. Ed.: MTAS y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, págs. 231 y ss.).

En el artículo 15 de la Carta revisada las partes firmantes se comprometen: «1. a tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas minusválidas orientación, educación y formación profesional... (y) 2. a promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas minusválidas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad...».

¹⁰ DE LA VILLA GIL, L. E.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *RMTAS*, núm. 32, 2001, pág. 19.

¹¹ En concreto: «El Programa de acción social a medio plazo 1995-1997», y el «Programa de acción social 1998-2000». Sobre esta concreta influencia véase GÓNZALEZ ORTEGA, S.: «La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», en VV. AA.: *Política Social Internacional y Europea*. Ed.: MTAS y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, pág. 324.

¹² Así, DE LA VILLA DE LA SERNA, P.: «Las Tres «Cartas» Europeas sobre Derechos Sociales», *RMTAS*, núm. 32, 2001, pág. 274.

¹³ En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Concepto, contenido y eficacia del derecho social internacional y del derecho social comunitario», *RMTAS*, núm. 2, 1997, pág. 41.

con respecto a su efectividad jurídica en el orden interno de los países miembros, aconsejaron, en fin, la adopción de instrumentos jurídicos más completos que normase los derechos fundamentales (no sólo los del ámbito laboral) de los ciudadanos europeos.

Las manifestaciones principales de esta tendencia lo constituyen: el «Programa de Acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», aprobada en 15 de diciembre de 1989¹⁴, que sirve de base para la adopción de diferentes documentos (Libro Verde sobre la Política Social Europea. Opciones para la Unión¹⁵, y Libro Blanco sobre Política Social Europea, un paso adelante para la Unión¹⁶) así como para la adopción del «Programa de Acción a medio Plazo (1995-1997)» antecedente, a lo que a nosotros nos importa, del «Tercer Programa de Acción Comunitaria a favor de los Minusválidos de 1992», adoptado por Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993¹⁷, que se integra en el Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la Discriminación (2001-2006)¹⁸ del que se desgaja el ahora vigente Plan de Acción Europea en materia de discapacidad 2004-2005, instaurado por la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo¹⁹; instrumentos, todos ellos, que sirven de base para la reciente aprobación de la Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003 sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad²⁰, que será objeto de atención singularizada *infra*.

2.1.3. En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Es necesario citar, dentro de la política legislativa de la Unión en la protección de los discapacitados, las disposiciones que se establecen en la reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

¹⁴ Sobre todo este desarrollo legislativo encadenado véase GÓNZALEZ ORTEGA, S.: «La Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores», en VV. AA.: *Política Social Internacional y Europea*. Ed.: MTAS y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1996, págs. 311 y ss.

¹⁵ Sus principales objetivos pueden verse en <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10111.htm>.

¹⁶ Sus líneas de actuación en: <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c10112.htm>.

¹⁷ DOCE de 9 de marzo de 1993.

¹⁸ Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. DOUE de 2 de diciembre de 2000.

¹⁹ COM (2003) 0650 final, de 30 de octubre de 2003.

²⁰ DOUE de 24 de julio de 2003.

pea, hecha en Niza el 7 de diciembre de 2000²¹—cuyo antecedente lo constituye la Carta de 1989—, y que reconoce, entre los derechos y libertades que regula, en relación con la discapacidad, dos aspectos muy interesantes.

En primer lugar, prohíbe (art. 21.1) cualquier clase de discriminación, y, en particular (entre otras), la ejercida por razón de discapacidad. En segundo lugar, reconoce y respeta (art. 26) el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su integración profesional. Ambos derechos son aplicables tanto en las instituciones de la propia Unión Europea, como en los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1) y tienen su fundamento en los Tratados institucionales de la misma (art. 52.2), con lo que ello comporta en su ulterior acción normativa en vía interna.

El valor jurídico de esta «tercera Carta»²², entendido como ejercicio de los derechos concedidos con plenitud de protección por los tribunales comunitarios, es escaso, en la medida en que²³: enuncia derechos no exigibles frente a las instituciones europeas por parte de sus titulares; los incumplimientos de sus disposiciones no pueden ser amparados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ni cuando procedan de órganos de la propia Unión, ni cuando procedan de algún Estado miembro; y, por último, no existe propósito alguno—al menos explícito— de incorporar sus previsiones a los Tratados fundamentales de la Unión, siendo este último punto el más criticable por lo que supone de construcción jurídica 'en vacío' sin pretensiones de exigibilidad directa e inmediata²⁴.

Con todo, el mérito (concebible, aunque imprevisible en el cuándo) de esta carta lo constituirá su desaparición tras la adopción de una Constitución para Europa, de una Constitución europea, que reconozca los derechos expresados en la misma (ampliados o no con otros catálogos) con la categoría de derechos públicos subjetivos del ciudadano, oponibles eficazmente *erga omnes* y de efectividad plena, tanto en las relaciones de la Unión con los Estados miembros, como en la vinculación del ciudadano con la propia Unión, y los Estados que la componen.

²¹ DOUE de 18 de diciembre de 2000.

²² Teniendo como precedente la Carta Social Europea, de 1961, que sería la primera, y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989, que sería la segunda.

²³ Se sigue aquí a DE LA VILLA GIL, L. E.: «La Carta de los Derechos...», ob. cit., págs. 21-2.

²⁴ Expresamente en este punto DE LA VILLA DE LA SERNA, P.: «Las Tres "Cartas" Europeas...», ob. cit., pág. 274.

2.1.4. En el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa

El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, adoptado por consenso por la Convención Europea el 13 de junio y el 10 de julio de 2003 (2003/C 169/01)²⁵ contiene alguna referencia a los discapacitados con relación al empleo. Así, en su artículo II-21 se declara el derecho de los discapacitados a no ser discriminados por esta razón, y en su artículo II-26, titulado: «Integración de las personas discapacitadas», se les reconoce el derecho «a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional», previéndose en su artículo III-3 una acción decidida de lucha contra toda discriminación por motivos de discapacidad.

Por su parte, el artículo III-103 dispone como objetivo de la Unión «el fomento del empleo», teniendo presente a estos efectos lo dispuesto en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, que aunque, como decimos, se adoptó en forma de Declaración, sigue sirviendo de base para la edificación de los derechos sociales de la Unión.

2.1.5. Recapitulación

De todo este acervo normativo establecido en los textos fundamentales de la Unión pueden colegirse, claramente, varias líneas de tendencias consolidadas con respecto al empleo de los trabajadores discapacitados.

En primer lugar, que no pueden existir en el ámbito de la Unión discriminaciones por razón de discapacidad en el acceso, ejercicio, permanencia, promoción, formación, y salida del mercado laboral, protegiendo todos los ámbitos pensables de la relación laboral en los que pudiera existir un tratamiento discriminatorio por razón de la discapacidad del sujeto.

En segundo lugar, que ha de abogarse por una integración plena de los discapacitados en todos los ámbitos de la vida social, también, por tanto, en aquellos referidos al empleo, circunstancia que permite albergar políticas de 'acción positiva' en lo que respecta al fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, con el objetivo de subvertir la tendencia natural a la exclusión en este ámbito que estos ciudadanos padecen.

Y por último, en tercer lugar, que la Unión Europea asume como uno de los objetivos prioritarios de su política legislativa la creación

²⁵ DOUE de 18 de julio de 2003.

netas de empleo, acorde con los designios expresados en los textos fundacionales de la misma, argumento que permite la concesión de ayudas, en determinadas circunstancias, a grupos específicos de trabajadores, sin que ello suponga una vulneración de las reglas de competencia que se estipulan como uno de los pilares de la Unión en lo que respecta al tráfico de bienes y servicios por el mercado interior.

2.2. Ámbitos concretos de actuación normativa

La proyección normativa de las directrices marcadas por los textos fundacionales e institucionales de la Unión se articula y desarrolla en multitud de áreas. En la que ahora nos interesa, en relación con el empleo de los trabajadores discapacitados, principalmente en dos. Una genérica referida al trato no discriminatorio por razón de la discapacidad que padece el sujeto, y en otras dos mucho más específicas: una relativa a la elevación del umbral formativo de los trabajadores discapacitados, y otra referida a las acciones promocionales dirigidas a fomentar el empleo de los trabajadores discapacitados.

A su vez, y como fórmula complementaria que asegure la efectividad del principio de igualdad de trato, se ha previsto una regulación específica sobre el acoso en el trabajo por motivos de discapacidad, en la línea de lo previsto anteriormente con respecto al acoso sexual en el trabajo. Veámoslas todas ellas separadamente, enunciando además los aspectos en los que sus prescripciones se proyectan en el aspecto central que preside nuestro ordenamiento laboral: el Estatuto de los Trabajadores.

2.2.1. El principio general de igualdad de trato en el empleo y la ocupación y sus manifestaciones concretas

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación²⁶, proscribire, con carácter general (art. 1) cualquier tipo de discriminación por motivos de discapacidad en el «ámbito del empleo y la ocupación», dictándose con el propósito de que en los Estados miembros se aplique, hasta sus últimas consecuencias, el principio de igualdad de trato en el desarrollo de la actividad laboral de sus ciudadanos.

Se sigue aquí la línea ya trazada por la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, del Consejo, relativa al principio de igualdad de

²⁶ DOUE de 2 de diciembre de 2000.

trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo²⁷ (modificada profundamente por la reciente Directiva 2002/73/CE, del Parlamento, de 23 de septiembre²⁸), de éxitos indudables en este sectorial ámbito igualitario, y que se completa con lo previsto en la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico²⁹.

Todo ello enmarcado en la Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006)³⁰, en el que se reconoce (párrafo 7 de la exposición de motivos), que «aunque los diversos motivos de discriminación pueden tener características similares y se puede luchar contra ellos con medios parecidos... se debe dar cabida a las características específicas de las diversas formas de discriminación (debiendo) tenerse en cuenta las necesidades especiales de las personas con discapacidades para facilitar su acceso a actividades y obtener resultados», todo ello como objetivo primario de consecución, o vinculándose con otros programas de la Unión, incluidos los relativos al fomento del empleo (art. 8.1).

La propia Directiva 2000/78/CE se encarga de definir cuándo existe discriminación, en la línea de lo ya observado por el modificado artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE por la Directiva 2002/73/CE, y en el mismo sentido en que se expresa la Directiva 2000/43/CE ya mencionada.

Así, existirá ésta, de forma directa, «cuando una persona, sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga» por la discapacidad que padece [art. 2.2.a)]. La observación de cuando se produce una discriminación directa parece abocada a la apreciación de criterios objetivos, determinables por los factores empíricos apreciables neutralmente.

Aun siendo necesaria la proscripción de esta discriminación directa en la norma, sobre todo por el efecto *expansivo* (o colateral) que exhibe, no parece que su empleo como mecanismo reactivo se vaya a

²⁷ DOCE de 14 de febrero de 1976.

²⁸ DOUE de 5 de octubre de 2002. Sobre la trascendencia de la modificación véase CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad entre géneros. (Noticia breve de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la directiva 76/207/CEE)», AS, núm. 12/2002. Igualmente véase DE MIGUEL DE LA CALLE, P.: «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», RMTAS, núm. 42, 2003, págs. 140 y ss.

²⁹ DOUE de 19 de julio de 2000.

³⁰ DOUE de 2 de diciembre de 2000.

utilizar en demasía, al menos en un ordenamiento como el nuestro que ya cuenta con proposiciones legales de similar entidad (arts. 4.2.c)-2, y 17.1 ET, en la interpretación que se deduce, del último precepto citado, del criterio mantenido por el TC en la inteligencia de los números *clausus* de discriminación previstos en el art. 14 CE), y tiene mecanismos de tutela suficientemente evolucionados para proscribir, de hecho, el tipo de injusto (civil) que especifica.

Lo que pretende la norma, sin más, es proscribir un trato diferencial basado únicamente en la condición de discapacitado del sujeto en los ámbitos de aplicación de la directiva, que son aquellos que vienen especificados en su artículo 3, tanto en el empleo público, como en el privado, incluyendo aquí también el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia, como se expondrá *infra*.

En la apreciación de la discriminación indirecta, en cambio, sí pueden existir ricos matices interpretativos. La formulación legal de la discriminación indirecta viene referida en los siguientes términos «existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con.../...discapacidad.../...respecto de otras personas» [art. 2.2.b)].

Cabe significar la oportunidad de haber regulado un concepto preciso de qué ha de entenderse por discriminación indirecta, especificidad que se repite, prácticamente en los mismos términos, en la Directiva 2002/73/CE, en la medida en que, hasta entonces, la integración conceptual de la discriminación indirecta había de hacerse por vía jurisprudencial³¹.

Los tres ámbitos de proyección de la discriminación indirecta dan cobertura, en principio, a todas las esferas jurídicas de las que emanan las fuentes de la relación laboral en nuestro ordenamiento jurídico (art. 3.1 ET).

Así, la apreciación de la *disposición* abarca, claramente, tanto a la norma legal en sentido estricto, como al convenio colectivo como fuente reguladora de las condiciones de trabajo, comprendiendo también, probablemente, a la costumbre local y profesional. El *criterio o práctica*, singularmente avoca a pensar en el poder directivo del empresario como regulador de las condiciones de empleo en cualquiera de sus manifestaciones: *ius variandi*, movilidad funcional ex artículo 39 ET, etc.

Obsérvese, no obstante, que el empleo de la disyuntiva o que emplea el precepto para la definición de las circunstancias generadas

³¹ Un elenco de los pronunciamientos en la materia referido a la discriminación indirecta por razón de sexo puede verse en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad...», ob. cit.

ras del tratamiento discriminatorio que proscribire, puede dar lugar, seguramente, a interpretar esta fuente de discriminación en sentido amplio, de tal forma que la cobertura del inciso abarque cualquier tipo de comportamiento empresarial, desde los singularmente reglados normativamente, hasta la mera tolerancia empresarial.

Repárese, por otro lado, que la proyección objetiva del precepto exige una singularización de las desventajas en el ciudadano-trabajador discapacitado, permitiéndose, en fin, excepciones al principio de igualdad de trato si su establecimiento responde a circunstancias objetivas ciertamente justificables, y siempre que en este proceder no se empleen mecanismos discriminadores.

Es claro, por otro lado, que si la disposición, criterio o práctica no emplea argumentos neutros, la proscripción del tratamiento discriminatorio se aboca a su observación como una circunstancia de discriminación directa.

Con todo, este principio general de igualdad de trato y no discriminación tiene varias excepciones. Una general y otras dos específicas.

La primera excepción a la apreciación absoluta de discriminación indirecta es que dicho trato diferencial, proceda de una disposición o de un criterio o práctica, se justifique objetivamente y se emplee con una finalidad legítima, siempre que los medios utilizados para ello sean adecuados y necesarios [art. 2.2.b).i)].

Probablemente, el empleo de esta excepción genérica se relaciona con la capacitación propia del sujeto en el empleo que realiza y la relevancia que se deduce de su discapacidad con respecto al ejercicio profesional, en los términos previstos en el artículo 4.1 cuando entiende que no tendrá carácter discriminatorio la diferencia de trato debida «a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo», o cuando «dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

En estos casos, habrá que reconocer que la lógica de la productividad impera sobre el tratamiento igualitario de las personas con discapacidad en su acceso o mantenimiento en el empleo, en los términos en los que actualmente se pronuncia el artículo 4.2.c)-2 ET cuando exige que el tratamiento igualitario a los discapacitados (en relación con los trabajadores no discapacitados) tenga como presupuesto «que se hallaren (los discapacitados) en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate»³².

³² En este sentido PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos», en VVAA. (Dir.: SEMPERE NAVARRO, A. V.; Coord. MARTÍN JIMÉNEZ, R.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ed.: MTAS, Madrid, 2003, pág. 236.

La segunda excepción al principio general, primera de las específicamente previstas en la Directiva, se relaciona con la utilización, por parte del empleador o empresario, de las medidas dispuestas en su legislación interna tendentes a eliminar las desventajas que se observan en la disposición, práctica o criterio [art. 2.2.b).ii)], siempre que dichas medidas nacionales cumplan con los principios observados en el artículo 5 de la misma Directiva, cuando obliga a que los empresarios tomen «las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación».

El propio precepto refiere, no obstante, que ello será así «salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario», entendiéndose que «la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades». Es decir, que no puede utilizarse como coartada para incumplir el mandato igualitario previsto en este artículo 5 la existencia de legislación específicamente destinada a fomentar la contratación y permanencia en el empleo de los trabajadores discapacitados.

La tercera excepción, segunda específica, se relaciona con el ejercicio de actividades en el ámbito de las Fuerzas Armadas (art. 3.4), en el que se permite discriminaciones basadas en la discapacidad del sujeto, probablemente por asimilar la Directiva discapacidad física o intelectual con discapacidad para el ejercicio de actividad profesional en este ámbito.

Por ello, lo más razonable con el espíritu de la Directiva es interpretar la excepción de forma restrictiva, no admitiéndose la aplicación de la premisa en aquellos trabajos en los que, aun formalmente encuadrados en el ámbito de las Fuerzas Armadas, su ejercicio no se relacione con tareas típicas de los sujetos pertenecientes a los referidos cuerpos.

Lo que sugiere, con carácter general, el ámbito de las excepciones de aplicación de la Directiva con respecto a la discriminación indirecta es, en primer lugar, que la apreciación de la misma ha de hacerse individualmente, es decir, que la singularidad de la situación requiere la atención que precise las circunstancias de hecho que rodean el problema, no pudiéndose, en segundo lugar, establecer criterios previos u objetivos de determinación de la excepción de la aplicación del principio de discriminación indirecta.

Muy interesante en la apreciación de la existencia de discriminación indirecta es que los hechos de los que puede deducirse ésta pueden ser apreciados «incluso a partir de pruebas estadísticas», como

observa el epígrafe 15 de la exposición de motivos de la Directiva, lo cual constituye la introducción de un parámetro objetivo muy relevante en dicha apreciación, pues no depende de la voluntad individual del empresario o empleador, ni tampoco del (entendimiento del) sujeto presuntamente discriminado de forma indirecta.

Este factor de valoración estadístico se verá complementado con el desarrollo de las acciones previstas en este sentido en el artículo 3.1.a) (y acción III.a) del Anexo que las regula) de la Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006).

Estas previsiones han sido desarrolladas por el Reglamento 1566/2001/CE de la Comisión, de 12 de julio de 2001, por el que se aplica el Reglamento 577/98/CE del Consejo, relativo a la organización de una encuesta muestral sobre la población activa en la Comunidad, en el que se contiene un módulo (en 2002) sobre el empleo de las personas con discapacidad³³.

Una vez definida por la Directiva qué ha de entenderse por discriminación —directa o indirecta—, y tras regular la proscripción del acoso como fórmula vejatoria de discriminación del sujeto discapacitado (art. 2.3), que se verá seguidamente, y la de cualquier orden, —en el ejercicio regular del empleo, se entiende—, de discriminación directa e indirecta de los mismos (art. 2.4) ejercida como proyección del poder empresarial en el desarrollo de la actividad laboral, se ocupa la Directiva de regular el ámbito de aplicación de las disposiciones normativas que contiene, afirmando, en esencia, que éstas se aplicarán «a todas las personas, por lo que respecta al sector público como al privado» (art. 3.1), en relación con: el acceso al empleo, por cuenta propia o ajena, teniendo presente, específicamente, los criterios de selección de los trabajadores [art. 3.1.a)]; en la promoción profesional [art. 3.1.a)]; en el acceso a todos los tipos y niveles de formación o reciclaje profesional [art. 3.1.b)]; en relación, además, con el ejercicio de la propia actividad profesional, en lo que respecta a las condiciones de empleo y trabajo, incluyendo las condiciones de remuneración y despido [art. 3.1.c)]; y, por último, en relación con la afiliación y participación en organizaciones de trabajadores y empresarios [art. 3.1.d)].

También se ocupa la Directiva de establecer medidas muy concretas en lo que respecta al tratamiento discriminatorio de los sujetos discapacitados en el empleo, elevándose a la categoría de instrumen-

³³ Véase el artículo 2.2.3 y 2.2.4 de la Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000.

³⁴ DOUE de 1 de agosto de 2001.

to jurídico hábil para la protección integral de la discriminación en el empleo por motivos de discapacidad.

La más importante es la establecida en su artículo 7 cuando permite que los Estados miembros adopten medidas de «acción positiva» para el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, que, por su importancia, requiere un tratamiento singular, que será observado *infra*.

Otras manifestaciones singulares destinadas a la protección del principio de igualdad que pretende la Directiva se establecen en otros preceptos de la misma. Así, en su artículo 10 se regula la técnica procesal de la inversión de la carga de la prueba en despidos que tienen visos discriminatorios, técnica importada de la Directiva que regula la discriminación por razón de sexo y de la Directiva 1997/80/CE, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo³⁴, y que ya ha sido incorporada, legal y jurisprudencialmente, a nuestro ordenamiento por la interpretación que le ha dado... al artículo 96 L.p.l.— el Tribunal Constitucional a los despidos (nulos, en su determinación concreta) con violación de derechos fundamentales, entre los que se incluye el realizado por causas o motivos discriminatorios constitucionalmente proscritos, entre los que ha de incluirse los realizados por razón de la discapacidad que sufre el trabajador.

También en el ámbito de lo procesal, se prevé en el artículo 9.2 la institucionalización de una legitimación procesal amplia para las «asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuestos en la presente Directiva», con el objeto de que «puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autoridad, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva».

Con esta medida se pretende, al estilo de lo que acontece con las organizaciones sindicales (art. 20 L.p.l.), patrocinar la intervención en el proceso —se supone que social, aunque no es impensable su participación en un proceso civil de incapacitación, por ejemplo— de organizaciones tuteladoras de los derechos de los discapacitados con el objetivo de proteger los intereses de éstos ante la discriminación, directa o indirecta, que se produzca en los ámbitos de aplicación de la Directiva.

Con todo, el amplio espectro objetivo que la Directiva prevé, pues abarca también la intervención en todo tipo de procedimientos admi-

³⁴ DOCE de 20 de enero de 1998.

nistrativos, puede dar mucho juego en el levantamiento de actas de infracción por la inspección de trabajo, y las ulteriores vicisitudes que ello conlleva, por infracciones graves en materia de empleo.

Especialmente cuando se trata de la infracción muy grave en materia de empleo prevista en el artículo 8.12 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, en la nueva redacción que le ha dado al precepto el artículo 41.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³⁵.

El artículo 13.2 de la Directiva 2000/78/CE, por último, hace un llamamiento para que los actores sociales en su diálogo social permanente cumplan los objetivos previstos en la norma de la Unión. Así, «Siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración al nivel apropiado, de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de aplicación». Se responsabiliza así a los sujetos que más directamente aportan el cuerpo normativo regulador de las relaciones laborales del cumplimiento de los objetivos que pretende la Directiva. Llama la atención, no obstante, que quede fuera del marco de la negociación colectiva la prevención del acoso laboral por motivos de discapacidad, que es otro de los objetivos de la norma comunitaria, como se verá seguidamente.

Esta Directiva se erige, en fin, en el instrumento jurídico más importante emanado de la Unión en lo que importa al tratamiento discriminatorio en el empleo por razón de la discapacidad que padece el trabajador, abarcando tanto los aspectos meramente declarativos de la proscripción de dicha discriminación, como elaborando técnicas de protección en varios ámbitos concretos de actuación, singularmente, y como se verá seguidamente, en lo que respecta al establecimiento de medidas de acción positiva para el fomento de la contratación de trabajadores discapacitados, y en la protección de la igualdad real (no meramente formal) que reclama, desde el punto de vista del ejercicio (jurisdiccional y administrativo) de las medidas reguladas en la misma, el trabajador efectivamente discriminado en el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva.

2.2.2. El acoso por motivos de discapacidad

Muy en la línea de lo ya dispuesto en los artículos 2.2-3, y 2.2-4 la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, sobre igualdad de trato

en el empleo entre hombres y mujeres, cuando regula la situación de acoso y acoso sexual, respectivamente, por motivos relacionados con el género de los trabajadores, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE regula el acoso en el ámbito laboral ejercido por razón de la discapacidad que padece el trabajador en los siguientes términos: «El acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1 (es decir, a lo que a nosotros nos afecta: por discapacidad) que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro»³⁶.

Lo más llamativo de la definición de acoso lo constituye la ausencia de elemento culpabilista alguno en el acosador, en la medida en que la acción acosadora, es decir, el elemento del tipo de acoso, no exige ánimo acosador específico, bastando a estos efectos que la acción no tolerada por el sujeto tenga «consecuencias» en el ambiente de trabajo en el que se desenvuelve el trabajador discapacitado³⁷.

Es de destacar, en este sentido, que el ámbito objetivo en el que el acoso se proyecta no tiene que ser específicamente laboral, específicamente de trabajo —aunque la norma lo presupone implícitamente—, constituyendo el prototipo de la infracción la creación de un «entorno» (calificado más amplio que el del trabajo) «intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo», que bien pudiera ser el del trabajo, o cualquier otro que se relaciona con éste: comedor de empresa, transporte de la misma, vestuarios, etc. Obviamente, las actuaciones tendentes directamente a crear ese entorno hostil también se incluyen en el ámbito efectivo de la norma.

Cabe significar, por último, que la tolerancia del acosado en el tratamiento discriminatorio que recibe, al tipificar la infracción como de «no deseada», exonera de la calificación del entorno creado como de acoso, debiendo haberse impedido dicha consecuencia, pues las más de las veces el tratamiento vejatorio recibido constituirá una consecuencia desagradable en el propio trabajador, por más que, por la fuerza de los hechos, la considera tolerable.

³⁶ BOE de 31 de diciembre.

³⁷ Prácticamente en los mismos términos se regula la situación de acoso en el artículo 2.2 de la Directiva 2000/43/CE relativa a la protección por razón del origen racial o étnico, y en el artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE referida a la protección de la discriminación por razón de género.

³⁸ Así, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Avanzando por la senda de la igualdad...», *ob. cit.*

Sea como fuere, sería deseable que, la legislación interna, en la medida en que puede trasponer la Directiva de forma más amplia que los mínimos que establece, obviase esta especie de excepción al prototipo de ilícito que regula, atendiéndose únicamente para su apreciación a los datos objetivos que la conducta de acoso refleje, sin que, en ningún caso, la tolerancia del trabajador al respecto suponga exoneración de responsabilidad en el acosador.

Por lo que respecta al ámbito subjetivo del acosador, es necesario señalar que la protección que pretende la norma abarca tanto las conductas ofensivas del empresario, como las ejercidas por compañeros de trabajo del discapacitado, lo que supone refleja un alto grado de protección.

2.2.3. *En lo que respecta a las capacitaciones profesionales de los trabajadores discapacitados*

La baja cualificación (general) de los ciudadanos discapacitados en su formación para el empleo, fácilmente contrastable por la valoración genérica de sus capacitaciones profesionales, determinó una primera línea de actuación de la política legislativa de la Unión que pretendía proyectar el área de su influencia principalmente en orden al aseguramiento de la igualdad de oportunidades desde la elevación del umbral de las capacidades profesionales de los discapacitados³⁸.

De aquí proviene el interés creciente de la política de la Unión en la formación y la rehabilitación profesional de los trabajadores, que se refleja en los tres programas de acción comunitaria que se han aprobado sobre esta cuestión.

En el primero, que fue aprobado mediante Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos³⁹, se instituyen las bases de actuación comunitaria en la materia; el segundo, denominado Programa Helios, fue aprobado por la Resolución 88/231/CEE del Consejo, de 18 de abril de 1988, cuya vigencia se extendió hasta 1991; mediante el tercero, denominado Programa Helios II, aprobado por la Decisión 93/136/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1993 por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (Helios II 1993-

³⁸ En este sentido CORREA CARRASCO, M.: «Los derechos laborales de los grupos vulnerables en el Derecho Social Europeo», en VVAA: *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*. Ed.: MTAS, 2001, págs. 514-5.

³⁹ DOCE de 9 de julio de 1974.

1996)⁴⁰, se pretende extender la vigencia de los anteriores Programas para el trienio 1993-1996⁴¹.

En este contexto político y jurídico se ha dictado recientemente la Resolución del Consejo de 5 de mayo de 2003, sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad⁴², en la que se invita a los Estados miembros y a la Comisión para que, mediante el ejercicio de sus propias competencias: fomenten la plena integración en la sociedad de los niños y los jóvenes con necesidades especiales mediante una educación y formación adecuadas; potencien que la educación permanente sea más accesible a las personas con discapacidad, con especial referencia al empleo de nuevas tecnologías⁴³; aumenten la prestación de servicios y asistencia técnica a los alumnos y estudiantes con necesidades especiales en educación y formación; y proporcionen las oportunidades de formación y recursos relacionados con la transición de la escuela al empleo.

Propósitos, todos ellos, fuertemente implicados en la política de la Unión, pero de escaso reflejo práctico en la modificación de conductas sociales que pretende el actuar normativo, más que nada por el embalaje legal en el que se encuentran acogidos, que únicamente pretende instituir códigos de conductas y buenos propósitos, aunque —hay que reconocerlo— suelen ser premonitorios de normas jurídicas de superior calado, en lo que respecta a la exigencia de sus reglas en los ordenamientos de los países miembros.

2.2.4. En el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados

El punto más importante en la protección del trabajo de los sujetos discapacitados lo constituyen las medidas encaminadas al fomento de su contratación en el mercado regular de trabajo, sin desmerecer, no obstante, la realización de acciones encaminadas a patrocinar la creación de empleos protegidos como se observó con anterioridad, aunque esta medida debe ser empleada, en términos generales, excepcionalmente, pues se paladea en ella un cierto retrogusto paternalista, más propio de otras épocas pretéritas en las que la protección social era asunto encomendado a la filantropía, aunque ésta fuese estatal. Se

⁴⁰ DOCE de 17 de septiembre de 1993.

⁴¹ Sus conclusiones en <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/cha/c11405c.htm>

⁴² DOUE de 7 de junio de 2003.

⁴³ Propósito al que se dedica la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre). Cabe significar el valor supletorio de esta norma en lo que respecta al empleo y la ocupación (art. 3-2), en la medida en que, para estos ámbitos, rige la normativa específica sobre la materia.

pretende, en fin, establecer mecanismos que favorezcan la integración socio-laboral plena de los trabajadores discapacitados en la dinámica lógica del mercado de trabajo.

Este objetivo es asumido por la Unión Europea, particularmente y de forma decidida, tras la adopción de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo⁴⁴, en el que se aboga por establecer un «cambio general de orientación, en virtud del cual se están abandonando progresivamente los programas orientados específicamente a la discapacidad en favor de un planteamiento más integrado... dando paso a políticas más personalizadas y adaptadas a las necesidades de los individuos, incluidos aquellos pertenecientes a grupos particularmente vulnerables, como las personas con discapacidad».

En el ámbito comunitario se han superpuesto varias normas, de diferente entidad jurídica, destinadas a este fin.

El comienzo de esta tendencia lo constituye la Recomendación 86/379/CEE, del Consejo de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad⁴⁵.

En ella se recomienda que los Estados miembros adopten «todas las medidas convenientes para garantizar el trato equitativo de los minusválidos en materia de empleo y de formación profesional, incluyendo... la rehabilitación y la reinserción». Este principio de trato equitativo se aplicará con respecto a: a) el acceso a un puesto de trabajo y a una formación profesional...; b) el mantenimiento del empleo o de la formación profesional, así como la protección contra el despido injusto; y c) las oportunidades de promoción y de formación permanente.

Para la consecución de estos objetivos se recomienda la adopción de políticas concretas por los Estados miembros dirigidas a dos ámbitos principalmente.

En primer lugar, hacia la eliminación de las discriminaciones negativas de trato en el empleo que tengan su origen en la discapacidad del trabajador, mediante el aseguramiento de un trato equitativo para los minusválidos, con singular referencia a los despidos vinculados con la incapacidad del trabajador, cuestión sumamente vidriosa, pues afecta al «núcleo duro» del cumplimiento de las obligaciones que se han pactado en el contrato de trabajo, y cuya concreción técnica suele determinarse desde la apreciación de «circunstancias obje-

⁴⁴ (COM (2003) 0650 final, de 30 de octubre de 2003.

⁴⁵ DOCE de 12 de agosto de 1986.

tivas», desprovistas, absolutamente, de voluntariedad alguna por parte del trabajador.

En segundo lugar, hacia la adopción de políticas de acción positiva a favor de los minusválidos, mediante: «la fijación por los Estados miembros.../...de objetivos cuantificados realistas de empleo de personas minusválidas en empresas públicas o privadas, que tengan un número mínimo de asalariados, mínimo que puede situarse entre 15 y 50»; y mediante «el establecimiento en cada Estado miembro de una guía o un código del buen proceder para la contratación de minusválidos, que incluya las medidas positivas ya adoptadas en el Estado miembro correspondiente...».

Las menciones a las medidas de acciones positivas que reclama la Recomendación comentada para su empleo por parte de los países miembros, nada aporta, en realidad, al panorama legislativo de los Estados, pues, de un lado, no se concretan singularmente en ningún tipo de compromisos a adoptar por éstos, y, de otro, la referencia que el precepto hace al Anexo de la Recomendación no lo es para singularizar éstas, sino para perfilar los «códigos de buenas conductas» que se proyectan en el mismo párrafo, que es cuestión bien distinta.

Aun así, hay que reconocerle a la referida Recomendación, junto con lo dispuesto en el (ahora derogado por la Directiva 2002/73/CE), artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CE, el mérito de constituir la primera piedra en la edificación de las medidas de acción positiva para el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, aunque su efectividad jurídica queda en el limbo de los buenos propósitos que quieran seguir los Estados de la (entonces) Comunidad Europea, muy acorde con el rango jurídico de la normativa dictada, desprovista de eficacia vinculante para el receptor de la misma, pues ningún compromiso obliga a adquirir por parte de los Estados miembros.

Otro hito significativo en el fomento de empleo de los trabajadores minusválidos lo constituye la Resolución del Consejo de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías⁴⁶. Haciendo recopilación de la normativa comunitaria e internacional vigente en el materia, y en particular la Directriz núm. 9 de las Directrices para el empleo de 1999⁴⁷ cuando afirma que cada Estado miembro «prestará especial atención a las necesidades de las personas minusválidas.../...y elaborará medidas preventivas y activas que faciliten la integración de todos ellos en el mercado de trabajo», reitera su compromiso en el fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, mediante el ejercicio de políticas

⁴⁶ DOUE de 2 de julio de 1999.

⁴⁷ DOUE de 12 de marzo de 1999.

activas por parte de los Estados miembros, entre las que no se citan cuáles han de ser éstas.

Ya dentro del Año Europeo de la Discapacidad se ha dictado, recientemente, la Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad⁴⁸, en la que, sustancialmente y a lo que a nosotros nos importa, se invita a los Estados miembros a que traspongan y apliquen la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, ya analizada.

Junto con esto ha de estarse, con carácter muy específico, a lo dispuesto en el Reglamento 2204/2002 de la Comisión, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo⁴⁹, en el que se diseña el régimen jurídico de las ayudas nacionales que pueden actuarse en el ámbito competencial interno para el fomento en la creación de empleo de trabajadores discapacitados.

De todo este conjunto normativo cabe inferir que existen dos modos o fórmulas genéricas de apoyar la creación de empleo de los trabajadores con discapacidad.

En primer lugar, mediante la atribución de «ayudas directas» (de variado tipo) del Estado miembro a un colectivo determinado, como lo es el que constituyen los trabajadores discapacitados, ayudas sometidas al control que en su ejercicio establece el Reglamento últimamente mencionado; en segundo lugar, mediante la utilización de las llamadas medidas de acción positiva, en los términos en los que se regula en el ámbito de la Unión. Veámoslos separadamente.

2.2.4.1. El régimen de las ayudas directas para la creación de empleo

La hipótesis de la que parte la Unión Europea para permitir las ayudas directas a la creación de empleo que adopten los Estados miembros en su ámbito propio competencial, pivota sobre la idea de que una excesiva intervención de algún Estado en este sentido, aun siendo beneficiosa en términos regionales dentro de sus fronteras, puede ir en perjuicio de los principios comunitarios que presiden el «mercado común», pues puede presumirse que constituyen una intromisión (impropiamente) del Estado en el mercado (libre) de bienes y servicios sobre los que asienta la comunidad.

La Unión entiende necesario, en consecuencia, dotarse de un instrumento con fuerza normativa efectiva en todos los Estados miem-

⁴⁸ DOUE de 24 de julio de 2003.

⁴⁹ DOUE de 2 de enero de 2003.

bros que, excepcionando este principio general, permita, en determinadas circunstancias y para casos concretos, el apoyo financiero directo del Estado miembro para el fomento de la ocupación de determinados colectivos, mediante el sufragio singular de determinados costes relacionados con su creación.

El Reglamento 2204/2002 de la Comisión, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo, es el encargado —como decimos— de permitir el ejercicio de estas facultades por los Estados miembros, mediante la limitación incondicionada de su uso.

Es decir, se asume, en fin, que el fomento directo del empleo de determinados colectivos es una atribución que compete a los poderes públicos de los Estados miembros, pero se hace conveniente, para hacer compatible esta posibilidad con los principios que preside el mercado común, que su utilización venga limitada por normas comunitarias vigentes y efectivas en todos los países miembros.

Es importante significar, en este sentido, que el presente Reglamento sólo se aplicará a lo que se considera «ayuda estatal», pues determinadas medidas favorecedoras del empleo dictadas por alguno de los Estados miembros en su ámbito competencial no tienen esta consideración en la órbita comunitaria (como, por ejemplo: la reducción general de la fiscalidad laboral y los costos sociales, el fomento de la inversión en educación y formación, etc.), en la medida en que son ayudas particulares que no favorecen a determinadas empresas o a la producción de determinados bienes, alterando el comercio entre Estados y el régimen de su competencia, que es lo que los principios comunitarios pretenden garantizar en todo momento.

El objeto de la «ayuda estatal» que, como excepción, permite este Reglamento, es, a lo que a nosotros nos importa en este estudio, fomentar la creación de empleo para su ejercicio por trabajadores discapacitados, así como permitir la proporción de ayudas que estos Estados miembros destinen para cubrir los costes adicionales que el empleo de estos trabajadores discapacitados ha generado en el empleador (art. 1), en cualquier sector de la producción en ambos casos, y tanto en lo que importa al sector público como al privado.

A estos efectos, se entiende por trabajador discapacitado, toda persona, que, o bien esté reconocida como discapacitado con arreglo al Derecho nacional que en cada caso le sea de aplicación, o bien sufra daños físicos, mentales o psicológicos reconocidos [art. 2.g)].

La amplia consideración de trabajador discapacitado que utiliza el precepto, en el sentido de que no es necesario tener que haberlo declarado así previamente mediante el procedimiento que corresponda, favorece una singularización de la ayuda con independencia de si la

circunstancia discapacitante del sujeto ha sido o no previamente declarada. Nótese, no obstante, la diferencia jurídica que existe entre el discapacitado y el minusválido, en la medida en que su respectiva constatación jurídica transcurre, de hecho, por vías jurídicas muy diferentes, como acontece en el caso del ordenamiento jurídico español, en el que se superponen competencias estatales para la declaración y gradación de la minusvalía, transferidas a las Comunidades Autónomas, y competencias estatales en orden a la declaración de incapacidad para el ejercicio de los derechos civiles de las personas y para poder lucrar determinadas prestaciones del Sistema Público de Seguridad Social, caso de ser acreedor de ellas.

Así, según la normativa comunitaria, puede concederse una ayuda, que entre dentro del campo de la exención a las mismas que regula el Reglamento, sin necesidad de haber tenido que declarar al sujeto minusválido o discapacitado. Se acoge, en fin, una consideración omnicompreensiva de la discapacidad a efectos del régimen de exención de las ayudas estatales para el fomento del empleo, claramente orientada en una línea favorecedora de su utilización.

También es necesario conocer el concepto de «empleo protegido» que emplea el Reglamento, definido como aquél que se desarrolla «en un establecimiento en el cual como mínimo el 50% de la plantilla esté compuesto por trabajadores discapacitados sin posibilidad de obtener un empleo en el mercado laboral abierto», concepto que nos conecta, en nuestro ordenamiento jurídico, con los Centros Especiales de Empleo, regulados por el Real Decreto, 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo.

El régimen económico de las ayudas a la creación de empleo directo —no protegido— para trabajadores discapacitados se especifica en el artículo 5.

La «intensidad bruta de la ayuda» estatal concedida para la creación de empleo⁵⁰, calculada como un tanto por ciento de los costes salariales durante el período de un año siguiente a la contratación, no podrá superar el 60%. Este régimen se aplicará, incluso, cuando la contratación no represente un incremento neto del número de empleados en el establecimiento en cuestión, siempre que el trabajador permanezca en el empleo durante doce meses, como mínimo, excepción hecha de que la extinción contractual proceda de un despido procedente. Repárese que, en estos casos, la ayuda directa del Estado puede

⁵⁰ El propio artículo 2.c) define la «intensidad bruta de la ayuda» como el importe de la misma expresado en porcentajes de los costes pertinentes del proyecto, entendiéndose que todas las cifras empleadas se calcularán antes de cualquier deducción en concepto de fiscalidad directa.

ir dirigida no sólo a crear nuevos puestos de trabajo netos en la empresa o sector económico que sean desempeñados por trabajadores discapacitados, sino también a emplear a éstos sin atender a consideraciones cuantitativas, circunstancia que potencia la posibilidad de acogerse a las ayudas por parte de los empleadores.

El régimen económico de las ayudas para subvenir a los costes adicionales por la creación de empleo directo —no protegido— de los trabajadores discapacitados viene regulado en el artículo 6.

Se entiende que la ayuda concedida no deberá sobrepasar el nivel necesario para compensar cualquier reducción de la productividad resultante de la discapacidad que padece el trabajador. Tampoco podrá superar el coste de los gastos empleados en la adaptación de las instalaciones, o en la adquisición de equipo destinado a dichos trabajadores, ni tampoco podrá ser superior a los gastos que genera emplear a personal que dedique tiempo exclusivamente a asistir al trabajador discapacitado. Obsérvese la amplitud de la ayuda permitida, en cuanto acoge, no ya los costes ocasionados por la adaptación del centro de trabajo, sino también aquellos destinados a la atención de los trabajadores discapacitados, circunstancia que, generalmente, ocasionará, a su vez, la contratación de trabajadores suplementarios.

Desde un punto de vista no sustancial también se regula el régimen de ayudas para la creación de empleo protegido. Ésta, no obstante, no podrá rebasar, aunque sí puede cubrir enteramente, los costes de construcción, instalación o ampliación del establecimiento en cuestión donde desarrollan su labor los trabajadores (art. 4.4.c)-2).

Ha de precisarse que el régimen estatal de las ayudas a la creación de empleo sólo será permisible en el ámbito de la Unión, es decir, quedará exenta de la imposibilidad de realizarla, cuando, o bien el beneficiario solicite expresamente dicha ayuda por sí mismo al Estado miembro, o éste haya adoptado medidas legales por las que se establece el derecho legal a la ayuda, atendiendo a criterios objetivos, sin que medie el ejercicio de un poder discrecional en su concesión (art. 7). Esta circunstancia nos conecta, directamente, con la posibilidad de que el Estado prefigure en su legislación interna medidas específicamente destinadas a la creación directa de empleo para trabajadores discapacitados.

2.2.4.2. Las medidas de acción positiva

Como veíamos con anterioridad, el artículo 4 del Convenio de la OIT núm. 159, exigía que los Estados miembros firmantes del Convenio interviniesen en el mercado del fomento de la ocupación de los discapacitados mediante el establecimiento de medidas de acción positiva. Igualmente afirmábamos cómo la Unión Europea había

reconocido a este Convenio el valor de precedente normativo en el establecimiento de estas medidas en su normativa.

Así, el artículo 7 de la Directiva 2000/78/CE regula el ejercicio de las medidas de acción positiva, siguiendo las previsiones contenidas en la Recomendación de 1986 analizada anteriormente, en los siguientes términos: «1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 (entre los que se incluía el de discapacidad del trabajador). 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral».

La utilización de estas posibilidades, confiere al Estado miembro la capacidad técnica de intervenir en el mercado laboral interno excepcionando el principio de igualdad de trato que él establece, usualmente al más alto nivel constitucional —también como manifestación particular del Derecho comunitario en lo que respecta a la prestación de servicios en el territorio de la Unión, incluyendo los relacionados con las actividades profesionales por cuenta ajena y propia—, con el objeto de permitir que el paradigma igualitario generalmente seguido por éstos adquiera carta de naturaleza no sólo formal, sino también real, en el ejercicio diario de las actividades laborales por grupos generalmente excluidos de la empleabilidad ordinaria por motivos espurios.

Estas medidas son definidas doctrinalmente como los tratamientos preferenciales temporales en la contratación, promoción, o despidos de trabajadores, entendiéndose por tales aquellos procedimientos que garantizan una preferencia hacia la empleabilidad de una persona entre un grupo de competidores por alguna circunstancia personal (género, raza, religión u opiniones políticas, ejercicio sindical, o discapacidad) que, en la práctica diaria de la realidad laboral, la hace especialmente sensible para su no empleabilidad, patrocinando una acción de reacción inversa a la que usualmente acontece en el mercado laboral³¹.

Es decir, se pretende un tratamiento preferencial en el acceso (o permanencia) en el empleo a aquella persona perteneciente a un colectivo minoritario, otorgándole una preferencia o reserva para su contratación

³¹ Sobre el particular, véase la excelente monografía de SIERRA HERNÁIZ, E.: *Acción positiva y empleo de la mujer*. Ed.: CES, Col.: Estudios, núm. 82, Madrid, 1999, pág. 79.

con carácter prioritario que a los sujetos pertenecientes a un colectivo mayoritario que no padecen la condición singular que justifica el empleo de la medida hacia ella en particular. Así se consigue, de un lado, hacer efectivo el principio de igualdad real por encima de la mera formalidad igualitaria proclamada en los textos constitucionales y legales, y, de otro, patrocinar la integración socio-laboral de colectivos con especiales dificultades en el acceso o permanencia en el empleo, jugando este segundo aspecto como elemento compensador de otras dificultades con las que dichos sujetos se encuentran en el desarrollo de la vida social.

La concreción legal de este propósito podrá concretarse, con carácter general, mediante dos fórmulas singulares. Exigiendo, desde el plano legislativo, que, en supuestos de igualdad sustancial de las capacidades de los aspirantes a un puesto de trabajo, especialmente en el ámbito de lo público, se contrate al trabajador perteneciente a alguno de los colectivos que merecen especial atención por estar infra-representados en un ámbito laboral concreto en el que se produce la contratación; o bien, estableciendo una cuota o porcentaje de contratación obligatoria para los sujetos merecedores de este tipo de acción, como acontece, singularmente con los discapacitados en el ámbito de aplicación del artículo 38 de la LISMI, con todas las excepciones, por muchas que éstas sean, de eficacia del principio general en el ámbito privado de las relaciones laborales, principalmente.

La utilización de estas medidas, como marco contextual de superación de las desigualdades, viene permitida excepcionalmente, como acaba de exponerse, por la normativa de la Unión, muy atenta a todos los problemas relacionados con la desigualdad de los trabajadores en el acceso y permanencia en el empleo por cualquier circunstancia. Y larga ha sido la lucha por su establecimiento en lo que respecta a la discriminación por razón de género, en la que se tiene una gran experiencia normativa, tanto legal, por haber dictado Directivas comunitarias sobre la materia, principalmente la ya mencionada 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, del Consejo, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y las condiciones de trabajo, como jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los conocidos casos «Kalanke» (Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93) y «Marshall» (Sentencia de 11 de noviembre de 1997, C-409/95)⁵², que, en esencia entendieron que no es posible garantizar a las mujeres preferencia absoluta e incondicional frente a un hombre en el acceso o permanencia en el empleo, pero que tam-

bién admitieron como legítimo el establecimiento de un trato preferente hacia ellas en función de la situación general de desventaja que históricamente han soportado en el mercado laboral.

Con todo, y aun regulándose en la normativa comunitaria, la verdadera efectividad de este tipo de medidas se contrasta en el crisol de la normativa interna de los Estados, en el bien entendido sentido de que lo que permite la legislación de la Unión es, de un lado, su construcción en los ordenamientos de los países miembros, y, de otro, su impulso como fórmula de política legislativa tendente a la igualdad real, y no meramente formal, de los súbditos de cada Estado.

3. CONCLUSIONES

«El éxito del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 dependerá esencialmente de la medida en que logre resultados duraderos después de su clausura». Con estas palabras comienza la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, lo cual refleja hasta qué punto es necesario seguir avanzando en la senda de la igualdad y en el establecimiento de programas integrales de lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad en el empleo.

El panorama legislativo de la Unión sobre la discapacidad, en lo que respecta al acceso, promoción y permanencia en el empleo tiene fuertes y sólidos puntos de apoyo, desde la formulación de las dos premisas generales que se establecen en dicho ámbito: la evitación de cualquier tipo de desigualdad por la condición de discapacitado del ciudadano-trabajador, y desde la atención al fomento de su empleo, desde dos puntos de vista a su vez: la elevación de sus umbrales de capacitación; y la permisividad para que los Estados miembros articulen dos tipos de medidas: promocionales (directas) para la creación de empleo neto de discapacitados, y establecimiento de acciones positivas específicamente dirigidas a éstos como fórmula de lucha activa contra la tendencia social a su exclusión del mercado laboral.

Con todo, el panorama legal queda (algo) alejado de la dinámica cotidiana que se deduce del mercado laboral. La estigmatización que sufre el trabajador discapacitado no es cuestión (únicamente) que se resuelva desde el plano legal, por completo y estructurado que se presente éste. Es más una cuestión de talante y de disposición de los empleadores con respecto a este problema, y aquí, sin lugar a dudas, habrá que esperar resultados satisfactorios a medio o largo plazo.

⁵² Que tuvieron su continuación con las SS TJUE «Badeck», de 28 de marzo de 2000 (asunto C-158/97), y «Abrahamsson», de 6 de julio de 2000 (asunto C-407/98).

Todavía no se ha concluido la lucha por la igualdad de derechos laborales en el empleo en cuanto al género, y ya comienzan a aparecer, decididamente esto sí, tendencias que abogan por superar otros tipos de discriminaciones que pueden producirse en la vida laboral, entre las que se incluyen aquellas relacionadas con la discapacidad.

Por ello es conveniente prestar atención a la evolución de estas medidas, desarrollo en el que será de atención prioritaria observar cómo han funcionado en el foro las medidas similares que, con respecto a otros colectivos discriminados, se han afrontado con anterioridad en la política legislativa de la Unión, especialmente en lo que respecta a la discriminación por razón de género, en los que ya existe una jugosa jurisprudencia comunitaria y nacional. En qué medida pueden exportarse sus conclusiones para la resolución de este problema es cuestión ignota al día de hoy, aunque parece razonable que no se alargue tanto en el tiempo como lo acontecido con respecto a la discriminación por razón de género, pues la dogmática fundamental sobre las acciones positivas en ese ámbito ya está construida.

Es significativo constatar cómo la propia Unión da una vuelta de tuerca más, inicial eso sí, en lo que respecta al tratamiento discriminatorio, al prever la enunciación legal de la discriminación que se produce por varias circunstancias simultáneamente, surgiendo el concepto de «discriminación múltiple».

Esta fórmula legal, reflejo de la vivencia social, viene enunciada, con carácter poco expresivo, en la Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un Programa de Acción Comunitaria para luchar contra la discriminación (2001-2006) —ya comentada— en cuyo artículo 2 [y anexo 1.e)] se entiende que la Unión y los Estados miembros han de luchar por promover medidas de prevención de la discriminación múltiple, pues, como se reconoce en el párrafo 5 de su exposición de motivos: «las distintas formas de discriminación no pueden clasificarse por orden de importancia y son todas ellas igualmente intolerables», circunstancia que justifica que el Programa que regula se encamine tanto a la lucha contra la discriminación simple, como frente a la discriminación múltiple, entendida ésta como aquella que surge de la influencia conjunta de varios factores causantes de discriminación por sí mismos individualmente considerados³³.

Junto a esta mención debe datarse que, entre los objetivos de la Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del

³³ La OIT también ha expresado su preocupación por este fenómeno, destacando que la interacción entre las variables hacen crecer la discriminación de forma exponencial. Así, Director General de la OIT: *La hora de la igualdad*. Informe global... ob. cit., pág. 41.

empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad, se encuentra la de «recoger material estadístico sobre la situación de las personas con discapacidad, prestando especial atención a los datos específicos por sexo, incluido el desarrollo de los servicios y prestaciones para dicho grupo», así como «prestar la atención que corresponde a las cuestiones que preocupan a las mujeres con discapacidad al adoptar, proyectar y evaluar políticas para las personas con discapacidad, con el fin de garantizar la igualdad de trato a las mujeres».

Son estas las principales referencias que existen en la política legislativa de la Unión que hacen especial referencia conjunta a dos de las situaciones que más fácilmente generan exclusión social y discriminación, en la línea de proscribir la discriminación múltiple ya enunciada en la Decisión de 2000 observada.

Si a la lógica situación de desventaja que sufren los discapacitados en lo que respecta a su ubicación en el mundo laboral, le adicionamos la condición femenina, una de las circunstancias que más fácilmente reportan desigualdades en este ámbito³⁴, la situación de las mujeres discapacitadas en el empleo es poco halagüeña³⁵, pues la equiparación de éstas al resto de los ciudadanos-trabajadores merece una atención pormenorizada que, al día de hoy, ni ha sido abordada de manera específica por la Unión Europea, ni por la normativa interna nacional del Estado español, a salvo de la mención prevista, como se vio, en el artículo 8.2 de la Ley 51/2003, cuando refería el futuro empleo «medidas de acción positiva suplementarias» de las que serían susceptibles las mujeres con discapacidad, de concreción incierta al día de hoy, así como la referencia comentada en el plan de empleo

Gráficamente la discriminación múltiple la observa de la siguiente manera: «La intensidad o la gravedad de las desventajas que afrontan (los discapacitados) dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera en que éstas actúan entre sí. Por ejemplo, una persona puede ser diferente por su raza o por el color de su piel (por ejemplo, negra). Una persona negra puede ser además mujer. Una mujer puede padecer una discapacidad. Una persona con discapacidad puede ser mayor. Finalmente, puede que alguien reúna todas estas características, es decir: ser mujer, anciana, discapacitada y negra, en cuyo caso puede ser objeto de formas de discriminación sumamente complejas».

³⁴ Una perspectiva de esta problemática singular puede verse en JIMÉNEZ LÓPEZ, D., y RAMOS LORENTE, M.^a del M.: «La discriminación de las mujeres discapacitadas en España», *RMTAS*, núm. 45, 2003, págs. 61 y ss., especialmente útil para contrastar las estadísticas de la discriminación asociadas al género y la discapacidad, así como para precisar el «mapa» de la desigualdad regional por Comunidades Autónomas y edad.

³⁵ Véase en este sentido el estudio citado de SHUM, G.; CONDE, A. e IGLESIAS, M.: *La mujer con discapacidad...* ob. cit., págs. 19 y ss.

Un estudio muy significativo sobre el desempleo femenino puede consultarse en el Informe 3/2003, del Consejo Económico y Social: Segundo Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española, aprobado en la sesión del pleno de 10 de diciembre de 2003, págs. 123 y ss.

específico de los trabajadores minusválidos que sean mujeres prevista en el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero.

Probablemente la consecución de la igualdad de oportunidades se consiga plenamente cuando se desarrolle plenamente el principio de «transversalidad» previsto como principio inspirador [art. 2.f] de la Ley 51/2003.

Mediante la efectividad de éste pretende exportarse los principios protectores de los discapacitados a todos los ámbitos de la vida social, argumento que nos conecta con la necesidad de adoptar, lo más pronto posible, una ley integral de la discapacidad en la que se refundan las normas dispersas que hemos ido enunciado, con el objeto de disponer de un texto único en el que, en sus partes respectivas, se dispusiera de la totalidad de normativa sobre el particular, significativamente con respecto a la LISMI, parcheada una y otra vez, y cuya adecuación a los tiempos modernos parece una necesidad inaplazable.

CUANDO SE TRATA DE CAMBIAR... ¿RESULTA POSIBLE LA PERMUTA ENTRE FUNCIONARIOS DE CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS?¹

POR

JOSÉ IGNACIO RICO GÓMEZ
CONCEPCIÓN CALVO SIMAL
RAFAEL BARRERO GIRALDA

ASESORÍA JURÍDICA Y SERVICIOS JURÍDICOS DE
LAS UNIVERSIDADES AUTÓNOMA DE MADRID Y DE VALLADOLID

SUMARIO: 1. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE LA FIGURA DE LA PERMUTA. 2. ANÁLISIS DE ALGUNOS DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU CONCESIÓN: 2.1. Sistema residual de provisión de puestos de trabajo. 2.2. La autorización, facultad discrecional de la Administración. 2.3. Puestos de trabajo de igual naturaleza e idéntica forma de provisión. 2.4. Años de servicio de los funcionarios permutantes. 2.5. Órgano que ha de efectuar la autorización. 3. APLICABILIDAD DE LA PERMUTA A LOS FUNCIONARIOS DE CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS: 3.1. La LPCE como legislación general aplicable a los funcionarios de Cuerpos docentes universitarios. 3.2. Compatibilidad de la permuta con las peculiaridades de los funcionarios de Cuerpos docentes universitarios. 3.3. Traslación del cumplimiento de los requisitos administrativos previstos en el artículo 62 de la LPCE a la esfera docente universitaria. 3.4. Requisitos administrativos adicionales que pudieran resultar exigibles en la función docente universitaria. 4. POSIBLE ENCAJE DE LA PERMUTA COMO SISTEMA EXCEPCIONAL DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN DOCENTE UNIVERSITARIA: 4.1. Para los distintos Cuerpos docentes universitarios en áreas de conocimiento cuya situación de plantilla imposibilite la aplicación del sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo. 4.2. Para los Cuerpos docentes de Catedráticos y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias no pertenecientes a áreas de conocimiento específicas. 4.3. Posibles restricciones para la aplicación del sistema excepcional de permuta en el ámbito interno de cada Universidad. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN: OBJECIONES Y REVALORIZACIÓN DE LA PERMUTA.

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN LEGAL DE LA FIGURA DE LA PERMUTA

En términos coloquiales podríamos definir la permuta como aquella figura jurídica mediante la que dos funcionarios que cumplan unos

¹ El presente trabajo se corresponde con la Comunicación presentada, bajo el mismo título, al VI Seminario sobre Aspectos Jurídicos de la Gestión Universitaria, celebrado entre los días 9 al 11 de junio de 2004 en la Universidad de Málaga. Estos Seminarios pretenden, con carácter bianual (I, Universidad de Castilla-La Mancha, Almagro, 1994; II, Universidad

determinados requisitos, especialmente referidos a los puestos de trabajo que ocupan, pueden «intercambiar» los mismos.

Técnicamente la permuta se configura en la actualidad como una forma residual de movilidad de los funcionarios en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Tradicionalmente la misma se ha considerado como una manifestación del denominado «derecho al cargo»². Como tal se institucionalizó en el ámbito de la Administración General del Estado, en concreto en el artículo 62 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto 315/1964, de 7 de febrero (LFCE, a partir de ahora), en los términos siguientes:

«1. El Subsecretario, en su Departamento, y el Vicepresidente de la Comisión Superior de Personal, si se trata de Ministerios distintos, podrán autorizar excepcionalmente permutas de destinos entre funcionarios en activo o en excedencia especial, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que los puestos de trabajo en que sirvan sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión.
- b) Que los funcionarios que pretendan la permuta cuenten, respectivamente, con un número de años de servicio que no difiera entre sí más de cinco.
- c) Que se emita informe previo de los jefes de los solicitantes o de los Subsecretarios respectivos.

2. En el plazo de diez años, a partir de la concesión de una permuta, no podrá autorizarse otra a cualquiera de los interesados.

3. No podrá autorizarse permuta entre funcionarios cuando a alguno de ellos le falten menos de diez años para cumplir la edad de jubilación forzosa.

4. Serán anuladas las permutas si en los dos años siguientes a la fecha en que tenga lugar se produce la jubilación voluntaria de alguno de los permutantes.»

La permuta permite así a dos funcionarios que ocupen puestos de trabajo de igual naturaleza y forma de provisión, siempre que sus

de Murcia, Murcia, 1996; III, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1998; IV, Universidad de Girona, Girona, 2000; V, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002), resultar un fructífero punto de encuentro de los Letrados de los Servicios, Gabinetes y Asesorías Jurídicas de las Universidades, públicas y privadas, de nuestro país. José Ignacio Rico, que en aquel momento era Letrado Jefe de los Servicios Jurídicos de la Universidad de Valladolid, es ahora Director de la Asesoría Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid; continúan en la Universidad de Valladolid, sus entonces compañeros Concepción Calvo y Rafael Barrero.

² Valgan entre otros SÁNCHEZ MORÓN, M. *Derecho de la Función Pública*. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 158 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., *Acceso y movilidad de los funcionarios*. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2003, pág. 419.

años de servicio no difieran entre sí en más de cinco y previo informe de sus superiores, poder intercambiar sus puestos de trabajo, si así se lo autoriza el órgano administrativo competente.

Esta configuración inicial como una manifestación más del anacrónico «derecho al cargo», cuya aplicación como sistema de provisión es conceptuada por algunos autores como ilegal e incluso como inconstitucional³, no sólo no ha sido expresamente derogada, sino que como afirma el profesor A. Xavier Ferreira Fernández⁴, ha sufrido una especie de modificación sobrevenida fundamentalmente a raíz de la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP, de ahora en adelante).

Incluso, a *sensu contrario* de la posición del profesor Barrachina Juan, podemos afirmar que actualmente goza de una revalorización o actualización indirecta, como afirma algún autor tan prestigioso en materia de función pública como el profesor Arroyo Yanes⁵, no obstante lo cual, si bien con carácter general no se cuestiona su vigencia, sí su oportunidad.

De esta actualización de la figura son buenas muestras las numerosas normas jurídicas, relativamente recientes, que se hacen eco de la misma, tanto en el ámbito de la Administración General del Estado, como en el de la Administración de diversas Comunidades Autónomas⁶.

³ BARRACHINA JUAN, E. *La función pública. Su ordenamiento jurídico*, Parte Especial II, Vol. I, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992, págs. 115 y ss.

⁴ *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002, pág. 223.

⁵ *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1994, págs. 442 y ss.

⁶ Entre las que podemos citar las siguientes: Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 2112/1998, de 2 de octubre, por el que se regulan los concursos de traslados de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a los Cuerpos Docentes; artículo 48 de la Ley 4/1993, de 10 de marzo, por la que se aprueban las normas reguladoras de la Función Pública de Cantabria; artículo 33 del Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación de la Función Pública de Aragón; artículo 62 del Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las normas reguladoras de Función Pública de Extremadura; artículo 130 del Decreto 123/1997, de 13 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional; artículo 34 del Decreto 33/1999, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de selección, provisión de puestos de trabajo y carrera administrativa; artículo 9 del Decreto 68/2002, de 25 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Justicia y de las Administraciones Públicas.

2. ANÁLISIS DE ALGUNOS DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA SU CONCESIÓN

Si bien en su definición legal se recogen de forma muy concreta cuáles son los requisitos y condiciones de su aplicación, en el marco actual de función pública, como vamos a ir viendo, éstos han ido matizándose, vía doctrinal, jurisprudencial y de la propia práctica administrativa, para adaptarse a las limitaciones y requisitos aplicables al sistema común de provisión: el concurso.

2.1. Sistema residual de provisión de puestos de trabajo

Se puede afirmar que su implantación en el nuevo modelo de función pública se ha producido con su integración en el sistema de provisión de puestos de trabajo, pero, ciertamente, considerada como una forma de provisión «residual», «excepcional»⁷, «marginal»⁸.

Con carácter general, toda la doctrina viene a coincidir, como no podía ser de otra manera, en la necesidad de reducir su uso de acuerdo con esta naturaleza.

En este sentido, su aplicación como sistema de provisión debe limitarse a aquellos supuestos en los que quede plenamente justificado que no cabe la aplicación del procedimiento normal de provisión⁹.

Por lo demás, éste ha sido el criterio adoptado, además de por las propias Administraciones al aplicar la figura, por distintos órganos del Ministerio de las Administraciones Públicas cuando han sido requeridos para emitir su interpretación al respecto¹⁰.

2.2. La autorización, facultad discrecional de la Administración

Este carácter excepcional en su uso, enlaza directamente con su configuración no como un derecho del funcionario, sin más —ya que no basta con que los funcionarios implicados reúnan los requisitos

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Ob. cit.*, pág. 158.

⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., *Ob. cit.*, pág. 419.

⁹ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Baleares de 30 de marzo de 2000, Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2001, con la argumentación siguiente: «Su misma excepcionalidad postula una aplicación restrictiva del supuesto, limitada consecuentemente a aquellos casos en que concurren razones que justifiquen la inaplicación del procedimiento normal del concurso».

¹⁰ Entre otros, Informes de la Dirección General de la Función Pública de 3 de diciembre de 1999 y de 24 de febrero de 2000, emitido este último a instancia precisamente de la Universidad de Valladolid.

previstos en el artículo 62 de la LFCE para su concesión—, sino como una facultad discrecional de la Administración Pública competente¹¹, en cuya decisión deben ponderarse las razones de interés general que puedan concurrir, en base fundamentalmente a la finalidad prevista en la norma y no a los intereses particulares de los funcionarios implicados en la permuta.

La discrecionalidad significa así, propiamente, libertad para elegir entre dos opciones igualmente válidas, supone la «creación de un ámbito de indiferencia jurídica relativa»¹², tal y como se reproduce en el manual del eminente administrativista Santamaría Pastor¹³, pero, obviamente, sin que pueda derivar en última instancia en arbitrariedad.

La Administración debe motivar así la decisión que adopte, la única forma de control del ejercicio de esa facultad¹⁴, en atención a razones de interés público de la índole que sean: política de personal, el correcto desenvolvimiento del servicio público, correcto desempeño de los puestos de trabajo, etc.

2.3. Puestos de trabajo de igual naturaleza e idéntica forma de provisión [art. 62.1.a) LFCE]

Tal vez sea éste el requisito que el tiempo más se haya encargado de matizar de todos los exigidos en el artículo 62 de la LFCE, si bien su fundamento sigue engarzado, como no podía ser de otra manera, en el interés general que la Administración Pública debe pretender, «que en el mencionado puesto de trabajo no se sufriese una disminución en la calidad y eficacia que venía prestando su titular»¹⁵.

La redefinición del concepto deriva, sin duda, de la entrada en vigor de la LMRFP al coincidir toda la doctrina en que el mismo debe entenderse referido a todos los extremos que constan en las respectivas RPT de los puestos a permutar. En otros términos, «las funciones habrán de ser las mismas, así como su forma de provisión, la titulación si se exige en cada caso, las retribuciones complementarias que tengan asignadas y los requisitos exigidos para su desempeño», como se seña-

¹¹ «Podrán autorizarse excepcionalmente permutas», recoge literalmente la previsión legal.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000.

¹³ *Principios de Derecho administrativo*, volumen I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 402.

¹⁴ Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Baleares de 30 de marzo de 2000 y Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2001.

¹⁵ BARRACHINA JUAN, EDUARDO, *Ob. cit.*, pág. 118.

la en el ya referenciado Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 16 de julio de 1990¹⁶.

Es decir, la identidad en los puestos de trabajo a permutar debe incluir el nivel de los mismos, de sus funciones y de los correspondientes complementos retributivos; criterio ratificado también jurisprudencialmente: se confirma así la denegación administrativa de una permuta a dos funcionarios cuyos puestos de trabajo diferían tanto en las funciones a desarrollar como en el nivel del complemento de destino asignado¹⁷.

No obstante, la aparente «rigidez» en la conceptualización del término «igual naturaleza», no es tal, ya que, con el aval del Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 16 de julio de 1990, se han acabado autorizando permutas entre funcionarios de distinto Grupo de titulación, siempre y cuando las respectivas RPT prevean que el sistema de provisión de los puestos sea indistinto para los funcionarios de ambos grupos y los puestos sean de «igual naturaleza», entendida ésta en los términos que hemos expuesto.

Tampoco podemos decir que se trate de una interpretación pacífica, ya que el alcance de este concepto, en la práctica, será cada Administración Pública quien lo determine. Así, sería incluso admisible la denegación de una permuta en función de la diferencia del nivel del grado personal consolidado por los funcionarios interesados, como se deja entrever en la fundamentación de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 24 de marzo de 1999¹⁸.

Como ya hemos adelantado, en relación con el requisito de «igual forma de provisión», se ha derivado en la exigencia a esta singular forma de provisión de todas las condiciones impuestas a los sistemas ordinarios, especialmente la referida a los dos años de ocupación efectiva, con carácter definitivo, de los puestos a permutar¹⁹.

De lo que acabamos de referir resulta fácil extraer otro requisito adicional para los funcionarios: la condición de funcionarios de carrera de los funcionarios que pretenden permutar y el carácter definitivo con que deben ostentar los puestos de trabajo objeto de la misma. Así

¹⁶ Que, a su vez, se remite a otro anterior de fecha 24 de julio de 1986.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de junio de 1998.

¹⁸ Si bien el pronunciamiento judicial entiende que la causa alegada por el Ayuntamiento (la funcionaria a quien se ha autorizado la permuta tiene consolidado un grado personal de nivel 18, cuando la RPT de la Corporación Municipal establece como nivel máximo de los puestos de auxiliar administrativo el 14) no puede admitirse como causa de anulación de la permuta, de su argumentación cabe inferir que en vía administrativa si se hubiera podido denegar la misma, haciendo uso de esa misma argumentación.

¹⁹ Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 24 de julio de 1986 e Informe de la misma Comisión de 16 de julio de 1990.

se recoge expresamente en el Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 14 de marzo de 1993, que deniega la permuta a dos funcionarios interinos.

En el plano del Derecho positivo debemos indicar que la traslación del concepto «igual naturaleza y mismo sistema de provisión» ha sido bastante coincidente; así, por citar las normas reglamentarias más próximas en el tiempo, en el ámbito de la Administración General del Estado, referido a docentes no universitarios, de las Administraciones de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de la Comunidad Valenciana, se ha optado, respectivamente, por los términos siguientes:

- a) Que desempeñen con carácter definitivo los destinos que se permutan.
- b) Que acrediten, al menos, dos años de servicios efectivos con carácter de destino definitivo en las plazas objeto de la permuta.
- c) Que ambos destinos sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión.»

- a) Que se trate de funcionarios que ocupen los puestos a permutar con destino definitivo y que hayan transcurrido como mínimo dos años desde la obtención de este destino definitivo.
- b) Que los puestos tengan igual categoría, nivel de complemento de destino y específicos, si bien este último se podrá modular en atención a la jornada, que se puedan ejercer indistintamente por los funcionarios que permuten y que tengan el mismo sistema de provisión.»

- a) Que los puestos de trabajo sean de igual naturaleza, grupo de titulación, requisitos, funciones, forma de provisión y retribuciones.
- b) Que los puestos se encuentren ubicados en distinta localidad.
- c) Que los puestos no sean de jefatura.»²⁰

²⁰ Respectivamente: Real Decreto 2112/1998, de 2 de octubre, regula los concursos de traslados de ámbito nacional para la provisión de plazas correspondientes a los Cuerpos Docentes (BOE de 6 de octubre); Decreto 123/1998, de 2 de octubre, Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de la Generalitat Catalana (DO la Generalitat de Cataluña de 26 de mayo); Decreto 33/1999, de 9 de marzo, Reglamento de selección, provisión de puestos de trabajo y carrera administrativa de la Generalitat Valenciana (DO de la Generalitat Valenciana de 20 de abril).

2.4. Años de servicio de los funcionarios permutantes [art. 62.1.b) LFCE]

Con el requisito previsto en este apartado, relativo a un límite máximo en la diferencia de años de servicio entre los funcionarios interesados en la permuta, lo que se pretende presumiblemente es que la preparación de los funcionarios sea similar en aras a preservar el interés público²¹, representado aquí en el correcto desempeño de los puestos de trabajo.

Sobre este particular, tanto vía jurisprudencial²², como administrativa²³, se ha matizado que, para el cómputo de los años de servicio a efectos de la diferencia máxima permitida por la norma, cinco años, se tendrán en cuenta los reconocidos de acuerdo con la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública, siempre y cuando se trate de servicios prestados en puestos que reúnan una identidad en su naturaleza y en las funciones a desempeñar.

No obstante, debemos señalar que este requisito ha sido obviado en un Informe de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio de las Administraciones Públicas de 24 de febrero de 2000, emitido a instancia precisamente de la Universidad de Valladolid, en pro de valores superiores reconocidos por el ordenamiento jurídico, como «la conciliación de la vida laboral y familiar», citando como fundamento jurídico la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras y de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 200/1991, de 28 de octubre.

Disintiendo, en el más sano espíritu crítico, del contenido del Informe, en el sentido de cuestionar que este argumento se pueda esgrimir para obviar uno de los requisitos que la Ley exige de forma taxativa, y aún a riesgo de anticipar nuestras conclusiones respecto a la utilización de esta singular forma de provisión, consideramos no sólo posible sino plenamente justificado que las Administraciones Públicas puedan autorizar permutas en este contexto, por supuesto, siempre y cuando no quepa otro sistema de provisión ordinario que permita a los funcionarios la movilidad, ya que precisamente la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores se considera

²¹ BARRACHINA JUAN, E., Ob. cit. pág. 119.

²² Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de 18 de mayo de 2001.

²³ Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 24 de julio de 1986.

actualmente como objetivo prioritario de la política de personal de las Administraciones Públicas, así como del mundo laboral en general, y no sólo en el ámbito nacional, sino también comunitario.

2.5. Órgano que ha de efectuar la autorización [art. 62.1 LFCE]

La redacción original de la norma de 1964 estaba pensada, obviamente, para permutas de puestos de trabajo de una misma Administración, pero la evolución política del Estado y en consecuencia de la propia Administración, ha devenido en una realidad diferente, lo que, en este asunto que nos ocupa, nos lleva a plantearnos la posibilidad de la permuta de puestos de trabajo entre distintas Administraciones Públicas.

La primera dificultad que se plantea al respecto es que la exigencia de identidad total de los puestos a permutar, refiriéndonos al concepto «igual naturaleza», va a dificultar enormemente su aplicación en el ámbito de distintas Administraciones Públicas, con un ordenamiento de función pública diferenciado.

No obstante, la práctica diaria de las diferentes Administraciones Públicas «desmiente» esta presunta dificultad, siendo numerosos los acuerdos y dictámenes de diferentes órganos del Ministerio de Administraciones Públicas que vienen a confirmar la utilización de este residual sistema de provisión entre diferentes Administraciones: Administración General del Estado/Comunidades Autónomas, Comunidades Autónomas entre sí y distintas Corporaciones Locales²⁴.

Precisamente, es en el ámbito de los docentes no universitarios donde de forma tradicional viene operando esta figura, siendo la enseñanza no universitaria una materia cuyas competencias, en la actual organización política del Estado, corresponde ejercer a las diferentes Comunidades Autónomas, por lo que el ya citado Real Decreto 2112/1998, que regula los concursos de traslados de estos cuerpos docentes, resolvió esta cuestión, considerando la especial naturaleza de los mismos, en los términos siguientes: «Cuando la permuta se pretenda entre plazas dependientes de Administraciones educativas diferentes será necesario que ambas lo autoricen simultáneamente.»

²⁴ Acuerdos de la Comisión Superior de Personal de 24 de julio de 1986 y de 29 de junio de 1990, e Informes de la Dirección General de Función Pública de 14 de abril de 1996 y 3 de diciembre de 1999. Tampoco jurisprudencialmente se cuestiona su aplicación al ámbito de dos Administraciones Locales; así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de marzo de 1999.

Los informes y dictámenes referenciados anteriormente, en el caso de permutas entre funcionarios pertenecientes a distintas Corporaciones Locales, fundamentan su decisión precisamente en el artículo 17.2 de la LMRFP. No obstante, este argumento sería igualmente válido para los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, ya que el artículo 17 alude, en general, a la movilidad de los funcionarios de las distintas Administraciones Públicas, en los términos siguientes:

«Movilidad de funcionarios de las distintas Administraciones Públicas».

1. Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas podrán ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo.

2. Asimismo, los funcionarios de la Administración local, cuando así esté previsto en las relaciones de puestos de trabajo, podrán desempeñar puestos de trabajo en otras Corporaciones locales, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas y en la Administración General del Estado en puestos relacionados con las funciones que les competen en materia de Entidades locales.»

Éste será otro de los argumentos que esgrimiremos en nuestras conclusiones en pro de otorgar mayor operatividad a esta singular forma de provisión de puestos de trabajo, al entender que la movilidad de los funcionarios, sin constituir un derecho de los mismos en sentido estricto, sí se ha considerado como un bien jurídico digno de protección, al redundar no sólo en el propio beneficio de los funcionarios —satisfacción de sus posibles aspiraciones de cambio—, sino también, y lo que resulta más importante, como un medio eficaz para optimizar medios y recursos en el ámbito de las Administraciones Públicas en general y, obviamente, aunque resulte redundante, en aquellos casos en que, por las razones que fueren, no pueda hacerse efectivo por otros sistemas de provisión, nos parece plenamente justificado que se pueda acudir a esta figura.

3. APLICABILIDAD DE LA PERMUTA A LOS FUNCIONARIOS DE CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS

3.1. La LFCE como legislación general aplicable a los funcionarios de Cuerpos docentes universitarios

Una vez afirmada la plena vigencia de esta figura, con las matizaciones efectuadas para encuadrarla en el actual sistema de función pública —configurado tras la reforma operada por la LMRFP por el concurso como sistema ordinario de provisión—, cabe preguntarse si dicho mecanismo excepcional resulta también de aplicación a la función pública docente universitaria.

Para afrontar esta cuestión correctamente, debemos partir de la pirámide normativa que constituye el régimen jurídico del profesorado de los Cuerpos docentes universitarios.

Así, según dispone el artículo 56.2 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU, de ahora en adelante), «el profesorado universitario funcionario se regirá por la presente Ley [LOU] y sus disposiciones de desarrollo, por la legislación general de funcionarios que le sea de aplicación y por los Estatutos».

Dentro de esta jungla normativa²⁵ que constituye el Estatuto del Profesorado, debemos centrar nuestra atención en aquellas normas invocadas con el apelativo «legislación general de funcionarios que le sea de aplicación». Bajo esta expresión no sólo tienen cabida aquellos preceptos que constituyen bases de la función pública²⁶, dictados al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución española (CE), sino también la legislación general no desplazada por la normativa específica universitaria.

Indudablemente, y con independencia de su carácter básico o no en determinados aspectos, en esta legislación general hemos de considerar incluidos aquellos preceptos que actualmente se encuentran en vigor de la LFCE²⁷ pues, en virtud de la técnica legislativa —de

²⁵ Bajo esta descriptiva calificación JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA, *La Universidad pública al derecho y al revés*, Evergráficas, León, 2001, dedica uno de sus capítulos a desentrañar con su habitual rigor el conjunto de normas que constituirían y constituyen el Estatuto del Profesorado «diseñado a golpe de Decreto».

²⁶ ALBERTO PALOMAR OLMEDA en su obra *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos*, Dykinson, Madrid, 7.ª edición, 2003, págs. 225 y ss., realiza un magnífico análisis de este concepto a la luz de la justicia constitucional, de la que se citan los más recientes pronunciamientos.

²⁷ «Pervive en el espacio no cubierto por aquella [LMRFP] el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado aprobado por el Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que dada su preconstitucionalidad ha obligado a una inferencia material de lo que es básico en su articulado»; Dictamen del Consejo de Estado 1489/1998, de 4 de junio, emitido con motivo de la tramitación en su día del Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función

reforma parcial— por la que se optó al promulgar la LMRFP, la Disposición derogatoria de la Ley reformadora mantuvo la vigencia de buena parte de su articulado²⁸.

Su aplicación al profesorado universitario, como parte integrante del conjunto normativo general —formado por la LMRFP y sus normas de desarrollo— en aquellas parcelas no reguladas por el bloque normativo especial de la función docente universitaria, resulta innegable, y como tal ha sido recogida por los especialistas que se han ocupado de la materia²⁹.

Igualmente, en las controversias surgidas por la aplicación práctica del régimen jurídico del profesorado, resueltas en sede judicial, no ha sido infrecuente que alguna de las partes intervinientes invocara determinados preceptos de la vieja Ley de Funcionarios en defensa de sus pretensiones³⁰.

¿Por qué, entonces, el artículo 62 de este texto articulado, bajo cuya rúbrica se regula la permuta, ha levantado no pocas dudas acerca de la viabilidad jurídica de su aplicación al profesorado de Cuerpos docentes universitarios?

Con independencia de aquellas posturas contrarias, en términos generales, al sistema de permuta —por considerarle ilegal e incluso inconstitucional³¹— y que ya han sido objeto de análisis en la parte general, quizás se han podido mantener también otras actitudes reticentes a su utilización por parte del profesorado de Cuerpos docentes

Pública. Sobre la doctrina constitucional basada en el concepto de inferencia natural es importante destacar que ALBERTO PALOMAR OLMEDA, en *Ob. cit.*, págs. 229 y ss., llama la atención sobre el inesperado giro que ha supuesto para esta pacífica interpretación jurídica la STC 37/2002, de 14 de febrero, que se confirma en la posterior del Alto Tribunal 1/2003, de 16 de enero de 2003. Conforme a la primera de estas Sentencias «... no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina antes expuesta, naturaleza básica a los preceptos de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, referidos al mencionado régimen disciplinario, al no haber sido declarados expresamente como básicos por el legislador estatal posconstitucional...».

²⁸ Que no se mantiene más o menos estático como pudiera pensarse. Baste citar la reforma de varios artículos de la LFCE, emprendida hace unos meses merced a la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Entre las novedades introducidas se encuentra la mejora de la redacción de uno de los apartados, correspondiente a los derechos de los funcionarios, a fin de incluir de modo expreso su protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso.

²⁹ CHAVES GARCÍA, J. R. en *Ob. cit.*, pág. 85 y en *La Universidad pública española: configuración actual y régimen jurídico de su profesorado*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1991, pág. 91. Igualmente; SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. y PALENCIA HERREJÓN, F., *La nueva regulación de las Universidades*, Comares, Granada, 2002, pág. 461.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1990, en la que se analiza la legalidad del Real Decreto 1200/1986, y en concreto la validez del régimen administrativo de los contratos de profesorado; o Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1995, en la que se estudian las peculiaridades de la situación administrativa de excedencia voluntaria en el ámbito docente universitario.

³¹ BARRACHINA JUAN, E. *Ob. cit.*, págs. 115 y ss.

universitarios pues, aun admitiendo la legalidad y vigencia de la figura de la permuta, han podido considerarla contraria a las peculiaridades propias del personal docente universitario.

Analicemos, pues, los rasgos esenciales que caracterizan a los Cuerpos docentes universitarios así como las posibles dificultades de traslación a la esfera docente universitaria del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 62 de la LFCE, como último elemento argumental que pudiera sostener su inaplicabilidad a dichos Cuerpos —por no resultar adecuada a sus peculiaridades—, toda vez que ya ha quedado patente la procedencia de considerar incluida la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en la legislación general de funcionarios aplicable al profesorado universitario.

3.2. Compatibilidad de la permuta con las peculiaridades de los funcionarios de Cuerpos docentes universitarios

Entre los múltiples interrogantes que dejó en el aire el Estatuto del Profesorado, diseñado a partir de la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (en lo sucesivo, LRU), se encontraba el carácter —nacional, autonómico o universitario— de los Cuerpos docentes que regulaba y su consiguiente adscripción al sistema de función pública de alguna de estas Administraciones.

La respuesta fue tempranamente otorgada por el Tribunal Constitucional, que en su ya citadísima Sentencia de 27 de febrero de 1987³², proclamó su carácter de «funcionarios interuniversitarios o comunicables entre las distintas Universidades», atendiendo para ello a su posibilidad de traslado mediante los concursos de méritos que regulaba la LRU.

La LOU, continuadora de esta línea, ha reforzado aquellos elementos que hacen posible la comunicabilidad del profesorado entre las distintas Universidades: en primer lugar, ha eliminado del bloque normativo del profesorado cualquier referencia a las disposiciones de desarrollo de la legislación general de funcionarios que pudieran elaborar las Comunidades Autónomas —presentes en el antiguo artículo 44.1 de la LRU—, remarcando la competencia estatal exclusiva en el diseño de un régimen jurídico uniforme; y, en segundo lugar, ha profundizado en un sistema de selección unitario, donde, a través del instrumento de la habilitación nacional, ha querido garantizar un

³² Sentencia reiterada por otras posteriores del Tribunal Constitucional 146/1989, de 21 de septiembre y 235/1991, de 12 de diciembre, SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. y PALENCIA HERREJÓN, F., *Ob. cit.*, pág. 461.

nivel común de aptitud de los aspirantes, previo a su posterior acceso a cada una de las distintas Universidades.

Por el contrario, la nueva norma universitaria no ha establecido una diferenciación de funciones entre los distintos Cuerpos docentes³³, otro de los aspectos pendientes en la antigua LRU, y que en la materia que nos ocupa —como luego se verá—, en algún supuesto determinado, va a facilitar la posible autorización de permutas.

A la luz de estas características, intercomunicabilidad entre Universidades, fundamentada en un régimen jurídico unitario atribuido al Estado; sistema de acceso común al respectivo Cuerpo en el que, con carácter previo, se halla garantizado un nivel de aptitud de los aspirantes uniforme, independiente de la Universidad a la que finalmente accedan; y una marcada indefinición de funciones entre los distintos Cuerpos docentes, no podemos menos que concluir afirmando que, en principio, y desde el punto de vista de las características que definen a los Cuerpos docentes, no existe ningún impedimento para la materialización de permutas.

Antes al contrario, estas características ponen de relieve una homogeneidad de la función pública docente universitaria que va a facilitar la posibilidad de considerar la conveniencia o no de su autorización en supuestos concretos.

3.3. Traslación del cumplimiento de los requisitos administrativos previstos en el artículo 62 de la LFCE a la esfera docente universitaria

Resta, por último, descartar que la traslación a la esfera docente universitaria del cumplimiento de los requisitos administrativos³⁴ que han de reunir los funcionarios permutantes, pueda poner de manifiesto la imposibilidad de aplicar el mecanismo de permuta a los Cuerpos docentes universitarios por razón de su singularidad.

³³ Así, el artículo 56.1 de la LOU, reproduce el antiguo artículo 33.2 de la LRU, reconociendo a los cuatro Cuerpos plena capacidad docente e investigadora cuando se hallen en posesión del título de Doctor —para Catedráticos y Titulares de Escuela Universitaria—, verdadero elemento, ahora y antes, diferenciador. Ahora bien, no es menos cierto, como apunta Palencia Herrejón, (*Ob. cit.*, pág. 459), que en la LOU hay trazas implícitas de una reordenación de Cuerpos, entre otros mecanismos, a través de la restricción de la presencia de Catedráticos y Titulares de Escuela Universitaria a un reducido catálogo de áreas de conocimiento, constituido en la actualidad por doce áreas.

³⁴ Pues los mismos constituyen *conditio sine qua non*, previa a la consideración de la concurrencia de razones de interés público que justifiquen la aplicación de la permuta (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2001).

Dentro de los requisitos objetivos³⁵ enumerados por el artículo 62 de la LFCE interesa analizar, por la dificultad adicional que pudiera suponer su proyección en la función docente universitaria, los consignados bajo las letras a) y c) del apartado 1.º: «*que los puestos de trabajo en que sirvan sean de igual naturaleza y corresponda idéntica forma de provisión*» y «*que se emita informe previo de los Jefes de los solicitantes o de los Subsecretarios respectivos*».

Por lo que respecta al primero de estos requisitos, y dado que —como ya se ha señalado— el sistema de provisión resulta común a los distintos puestos docentes, hemos de centrarnos en el estudio de la expresión «*que los puestos de trabajo... sean de igual naturaleza*».

Como indicábamos en el apartado 2.3, tras la entrada en vigor de la LMRFP, la Comisión Superior de Personal ha fijado el alcance de esta expresión en necesaria conexión con el contenido de las RPT. Desde la aprobación de la LOU (art. 70) el sistema de relaciones de puestos resulta plenamente aplicable a los funcionarios de Cuerpos docentes universitarios. A pesar de ello, y dada la reciente entrada en vigor de dicha norma, puede darse la particularidad de que en algunas Universidades afectadas por una hipotética solicitud de permuta se halle aún en curso de aprobación la correspondiente RPT. Por tanto, resulta necesario analizar —aunque sea sucintamente— ambos posibles escenarios:

Universidades sin RPT

En ausencia de RPT el elemento esencial que va a condicionar, en primer lugar y de modo necesario, que los puestos afectados posean igual naturaleza es la pertenencia a la misma área de conocimiento, en torno a la cual se articulan las funciones que desarrollan los distintos Cuerpos docentes universitarios.

A continuación, resulta necesario analizar la pertenencia a un determinado Cuerpo docente. Sobre este particular, como se ha puesto de manifiesto en uno de los epígrafes anteriores, la pertenencia a Cuerpos distintos no constituye un límite para autorizar la permuta,

³⁵ PALOMAR OLMEDA, A., en *Ob. cit.*, pág. 241, considera básica la regulación de las condiciones generales que deben cumplirse para permutar dos puestos de trabajo, pues esta homogeneidad resulta esencial para garantizar la igualdad de trato de todos los funcionarios públicos. Ahora bien, entiende que «*la declaración de norma básica es aquí parcial, de forma que alcanza a los requisitos objetivos y no a los subjetivos, que necesariamente habrán de adaptarse en función de los órganos competentes para la gestión de los recursos humanos de las diversas Administraciones*». ARROYO YANES, L. M., en *Ob. cit.*, pág. 443, señala en este sentido la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de junio de 1988, que mantiene —a su juicio, con una fundamentación jurídica discutible— la integración de la permuta en las bases del régimen estatutario de la función pública.

admitiendo—incluso— la posibilidad de que ésta pueda ser realizada entre funcionarios de Cuerpos adscritos a distinto Grupo de titulación.

En el caso de los Cuerpos docentes universitarios, las diferencias son marcadamente inferiores, toda vez que todos ellos se encuentran incluidos en el mismo Grupo «A» y presentan, como también se ha apuntado, una cierta indiferenciación de funciones³⁶, en donde la titulación exigida para el acceso al respectivo Cuerpo marca la diferencia.

A la vista de estas circunstancias, la concurrencia de área de conocimiento y Cuerpo docente garantizaría que los puestos de trabajo objeto de permuta fueran de igual naturaleza. Es más, desde un punto de vista exclusivamente teórico, y una vez admitidas para los puestos de trabajo de administración general las permutas entre funcionarios de distintos Grupos, podría—incluso— llegar a plantearse en Universidades carentes de RPT la posibilidad de practicar permutas entre profesores pertenecientes a Cuerpos distintos (v. g. Catedrático de Universidad y Profesor Titular de Universidad, Catedrático de Escuela Universitaria y Titular de Universidad o Titular de Escuela Universitaria en posesión del título de Doctor y Titular de Universidad).

A nuestro juicio, y a pesar de que estos Cuerpos puedan prestar servicios indistintamente en Facultades o Escuelas³⁷ o de que posean plena capacidad docente e investigadora—tras la obtención, en su caso, del título de Doctor—, no resulta admisible, con carácter general, dicha posibilidad. No hay más que considerar el distinto régimen de obligaciones docentes que, hoy por hoy, caracteriza a uno de estos Cuerpos³⁸ o las diferencias que se pudieran derivar para la prestación

³⁶ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1994, al analizar las diferencias existentes en el complemento específico propio de los Catedráticos de Universidad y los Profesores Titulares de Universidad y su posible discriminación de trato, sostuvo que «el Real Decreto recurrido al establecer una diversa cuantía del componente general del complemento específico en razón de los distintos Cuerpos de profesores universitarios [art. 2.3.a] «tiene en cuenta el dato diferencial de su distinta capacidad profesional en el desempeño de su función docente e investigadora», «se trata en definitiva— como dijo la Sentencia de 12 febrero 1988— de una razón digna de ser ponderada, en cuanto viene a aceptar que aunque el puesto de trabajo sea de iguales características, en general es razonable predicar que se desempeña mejor por aquellos a quienes la Ley reconoce mejor preparación científica y académica» (Sentencia de 23 diciembre 1988 de la antigua Sala 5.ª).

³⁷ A falta de mención expresa en la derogada LRU, el Real Decreto 898/85, de 30 de abril, sobre Régimen de Profesorado Universitario, en su artículo 11, recogió la obligación para los distintos Cuerpos docentes de impartir docencia en las materias de su área de conocimiento en cualquier Centro de su Universidad, especificando el tipo de titulación (de primer ciclo) en el caso de los Profesores Titulares de Escuela Universitaria—sobreentendiéndose en el caso de que no se hallaran en posesión del título de Doctor.

³⁸ A diferencia de los restantes Cuerpos, los Profesores Titulares de Escuela Universitaria tienen asignadas dentro de su jornada hasta un máximo de doce horas lectivas semanales frente a las ocho del resto. En el borrador del proyecto de Real Decreto sobre régimen

del servicio docente en atención a la distinta aptitud—«mejor preparación científica y académica»— que el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 16 de mayo de 1994, reconoce a todos ellos en virtud del diferente tipo de pruebas para el acceso al respectivo Cuerpo, extremo éste determinante, por razón del interés público, en la decisión discrecional a adoptar.

En cambio, y como excepción de este posicionamiento general, si entendemos posible la permuta entre funcionarios del Cuerpo de Catedráticos de Escuela Universitaria y Profesores Titulares de Universidad en aquellas áreas de conocimiento previstas en el Anexo III del Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, toda vez que sus pruebas de acceso son de contenido idéntico y que, tanto en la antigua legislación desarrollada al amparo de la LRU como en la actualmente vigente³⁹, se les sitúa en posición de igualdad a dichos funcionarios en los concursos a uno y otro Cuerpo.

Universidades con RPT

Las consideraciones efectuadas en el apartado anterior resultan plenamente trasladables a este supuesto, si bien el hecho de que una Universidad cuente con RPT va a introducir un aspecto adicional que comportará mayor rigidez en la autorización de posibles permutas—concretamente, en el supuesto analizado de que los Cuerpos docentes en que se encuadren los funcionarios solicitantes no sean coincidentes (Catedráticos de Escuelas Universitarias y Profesores Titulares de Universidad).

Bien es cierto que a día de hoy aún no se ha definido reglamentariamente el contenido específico de las RPT para adaptarlas a las peculiaridades de la función docente universitaria. No obstante, podemos apuntar que en el ya citado borrador del proyecto de Real Decre-

del profesorado universitario que llegó a manejar el Gobierno en la anterior legislatura, estas diferencias desaparecían, pues en su artículo 15, dedicado a las obligaciones docentes, se suprimía la distinción que hasta estos momentos existe al consignar las correspondientes a los funcionarios del Cuerpo de Titulares de Escuela Universitaria. En la nueva redacción se fijaba una horquilla de dedicación común para los cuatro Cuerpos docentes, que podrá variar entre un mínimo de cuatro horas—semanales— y un máximo de doce.

³⁹ El tipo y alcance de las propias pruebas de acceso resulta igual para ambos Cuerpos, tanto en la presente regulación de las pruebas de habilitación (art. 10 del RD 774/2002, de 26 de julio, constituidas por tres pruebas sucesivas, de carácter eliminatorio) como en la anteriormente vigente en el marco de la LRU (art. 9 del RD 1888/1984, de 26 de septiembre, dos pruebas). Esta identidad posibilitó que en el período de vigencia de la LRU (art. 39.4) a los concursos de méritos de plazas de los Cuerpos de Titulares de Universidad y de Catedráticos de Escuela Universitaria pudieran concurrir, indistintamente, profesores de ambos Cuerpos, posibilidad que se mantiene en la actual regulación (art. 63.2 de la LOU).

to sobre régimen del profesorado universitario, en su artículo 3.3, se hacía constar como única particularidad de dichas RPT docentes que «las denominaciones de las plazas corresponderán a las áreas de conocimiento», señalándose, a renglón seguido, que «su confección se realizará de acuerdo con la normativa vigente»⁴⁰.

Por tanto, y al igual que ya se enunció en el apartado anterior, en Universidades que posean RPT, el área de conocimiento sigue constituyéndose en el elemento esencial a la hora de autorizar una posible permuta. Junto a este campo, y por lo que aquí ahora interesa, aparecerán además reflejados los correspondientes al nivel de complemento de destino, complemento específico y Cuerpo al que se adscribe el puesto de trabajo de que se trate.

Cuando se pretenda permutar puestos de trabajo correspondientes al mismo Cuerpo docente, estos nuevos campos que figurarán en la RPT como caracterizadores de los puestos de trabajo no presentarán mayor dificultad, toda vez que en el sistema retributivo que se está aplicando en la actualidad⁴¹ el conjunto de los puestos de trabajo pertenecientes a un mismo Cuerpo docente poseen igual nivel de complemento de destino e idéntico complemento específico —entendiendo por éste su componente general⁴² pues, de los tres existentes, es el único que se encuentra ligado a la naturaleza del puesto de trabajo.

En el caso de solicitudes de permuta que afecten a puestos de trabajo de Profesores Titulares de Universidad y Catedráticos de Escuelas Universitarias correspondientes al catálogo de áreas específicas conte-

⁴⁰ En la cúspide de la pirámide normativa, a falta de normativa de adecuación a las peculiaridades del personal docente e investigador, se sitúa el artículo 15 de la LMRFP, modificado por el artículo 50.1 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. En la Administración General del Estado desarrollan este precepto la Orden de 2 de diciembre de 1988, sobre Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración del Estado, y la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para las Administraciones Públicas, de 20 de enero de 1989.

⁴¹ Se ha subrayado este extremo, ya que a fecha de hoy se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario el artículo 69 de la LOU, en cuyo apartado 1 se prevé que el Gobierno establecerá «los intervalos de niveles o categorías de cada nivel correspondientes a cada Cuerpo docente...». Este puede ser un extremo esencial que haga necesario replantear el análisis del requisito «igual naturaleza de los puestos». Habrá que esperar a conocer el contenido de dicha regulación para valorar si, a pesar del concepto retributivo, se trata de características ligadas al puesto de trabajo o, más bien, al funcionario que lo desempeña —como ya sucede con los componentes singular y por méritos docentes del complemento específico.

⁴² Esta afirmación se sustenta en el supuesto de que ambos puestos se encuentren incluidos en el mismo régimen de dedicación docente. Resultará un problema añadido el caso en que los funcionarios solicitantes, a pesar de su pertenencia al mismo Cuerpo docente, se encuentren acogidos a regímenes de dedicación distintos y esta circunstancia aparezca reflejada en las correspondientes RPT a través de la inclusión del componente general del complemento específico. Creemos, en todo caso, que no ha de constituir un obstáculo insalvable, pues siempre puede tener lugar tanto una reconsideración del régimen de dedicación de los puestos de trabajo, en la que se analice si éste responde, realmente, a las necesidades docentes, como un acuerdo de voluntades de los funcionarios permutantes.

nido en el Anexo III del Real Decreto 774/2002, las características que la correspondiente RPT consigne en nivel de complemento de destino y en complemento específico no presentarán ningún obstáculo sino, más bien, un argumento a favor de la «igual naturaleza» de estos puestos. Efectivamente, y como argumento adicional en apoyo de la tesis de posición de igualdad en que se encuentran ambos Cuerpos y a la que antes se ha hecho mención, conviene resaltar que los puestos de trabajo desempeñados por Catedráticos de Escuelas Universitarias y Profesores Titulares de Universidad tienen asignado el mismo nivel de complemento de destino e idéntico complemento específico.

Ahora bien, desde el momento en que la RPT, para las áreas específicas del citado Anexo III, adscriba el desempeño de dichos puestos de trabajo únicamente a uno de estos dos Cuerpos —bien al de Titulares de Universidad, bien al de Catedráticos de Escuelas Universitarias—, se perderá la posibilidad de autorización de permutas en aquellas ocasiones en las que no resulte coincidente dicho Cuerpo, y ello a pesar de que el resto de los rasgos resulte idéntico (nivel de complemento de destino o componente general del complemento específico).

En consecuencia, y a modo de conclusión, en aquellas Universidades que cuenten con RPT ya aprobada, el cumplimiento del requisito del desempeño de puestos de «igual naturaleza» en la esfera docente universitaria, a efectos de autorización de posibles permutas, quedará limitado a puestos del mismo área de conocimiento y Cuerpo docente. Sin perjuicio de ello, en aquellas áreas de conocimiento específicas del Anexo III del Real Decreto 774/2002, y siempre que las RPT prevean la posibilidad de desempeño del puesto de trabajo de modo indistinto por Titulares de Universidad y Catedráticos de Escuelas Universitarias, no resultará obstáculo para la tramitación de las correspondientes solicitudes de permuta que los funcionarios pertenezcan a uno u otro Cuerpo.

La traslación del segundo de los requisitos cuyo estudio nos proponíamos en este apartado, «que se emita informe previo de los Jefes de los solicitantes o de los Subsecretarios respectivos» presenta una problemática menor pues, si bien es cierto que, a diferencia de los puestos de trabajo de administración general, la función docente universitaria no se articula en puestos de trabajo rígidamente jerarquizados —en los que la actividad docente e investigadora se desarrolle bajo la dirección y coordinación de otros puestos de superior nivel—, no lo es menos que en la estructura de las Universidades, y dentro de cada área de conocimiento, desarrollarán este papel de coordinación de las enseñanzas los Departamentos universitarios⁴³.

⁴³ Con el límite de la libertad de cátedra. A su vez, dicha libertad se encuentra limitada por la autonomía de las Universidades, a las que corresponde disciplinar la organización de

Si a ello unimos las funciones que los Departamentos universitarios pueden llegar a asumir en el campo de la evaluación de las actividades docentes, en virtud de las competencias específicas que les encomienden los respectivos Estatutos de cada Universidad⁴⁴ (LOU, art. 8.1 *in fine*), podremos trasladar, sin mayores inconvenientes, la competencia de informe previo de los «Jefes de los solicitantes» a estos órganos.

Estas reflexiones, efectuadas con carácter general, han de ser puestas, forzosamente, en relación con el marco competencial que en materia de provisión de puestos de personal docente e investigador hayan configurado en cada Universidad sus Estatutos y la normativa interna de desarrollo. Desde este punto de vista, junto con la participación de los Departamentos afectados, resultará necesaria la intervención del Vicerrector con competencias en la materia y de la correspondiente Comisión del Consejo de Gobierno⁴⁵ o, llegado el caso, de este propio órgano⁴⁶.

En consecuencia, tampoco la materialización de este segundo requisito administrativo en la función docente universitaria puede obstaculizar la realización de permutas en dicho ámbito. Es más, en este trámite de informe previo a su autorización, los Departamentos —o el órgano específico de que se trate— jugarán un papel destacado, pues este cauce procesal podrá poner de manifiesto cualquier posible alteración que la permuta pudiera suponer en la calidad del servicio que se venía prestando a partir de la capacidad de los funcionarios interesados en la permuta⁴⁷.

la docencia. Vid. SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. y PALENCIA HERREJÓN, F. *Ob. cit.*, pág. 306. TARDIO PATO, J. A., *El Derecho de las Universidades públicas españolas*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, tomo II, págs. 1055-1132, realiza un exhaustivo estudio sobre la libertad de cátedra y la autonomía funcional o académica de las Universidades.

⁴⁴ Este es el caso de la Universidad de Valladolid, donde el apartado m) del artículo 26 atribuye a los Departamentos universitarios la participación «en los procesos de evaluación de la actividad docente e investigadora del profesorado, de acuerdo con las normas que se aprueben al respecto».

⁴⁵ La incardinación de estos diversos órganos en el procedimiento, con toda probabilidad, obligará a que, formalmente, el informe previo sea emitido por el órgano superior con competencias en la materia, adoptando para ello fórmulas integradoras del tipo «... oídos los Departamentos afectados, este [Vicerrectorado o Comisión] emite el siguiente informe...».

⁴⁶ Si en una determinada Universidad el inicio del procedimiento ordinario de provisión de puestos docentes precisa del acuerdo previo del Consejo de Gobierno —así, la Universidad de Valladolid, conforme al artículo 154.2 de los Estatutos—, esta circunstancia se ha de tener presente en el procedimiento de autorización de la permuta solicitada pues, como se recuerda en este trabajo, las garantías y limitaciones del sistema ordinario de provisión resultarían trasladables a la figura de la permuta.

⁴⁷ BARRACHINA JUAN, en *Ob. cit.*, pág. 119.

3.4. Requisitos administrativos adicionales que pudieran resultar exigibles en la función docente universitaria

En lógica coherencia con lo anteriormente expuesto, cabría plantearnos en este apartado si las peculiaridades del personal docente e investigador podrían, a su vez, imponer a los funcionarios permutantes el cumplimiento de otros requisitos administrativos adicionales, no previstos en la regulación legal, pero de cumplimiento necesario para adecuar dicha figura a las singularidades de la función docente universitaria.

En el seno del bloque normativo general de la función pública, el artículo 62 de la LFCE se ha aplicado teniendo en cuenta el nuevo contexto de movilidad funcional regulado por la LMRFP, de modo que la Dirección General de la Función Pública —en un criterio constante e invariado⁴⁸— ha venido sosteniendo que «... cualquier condición impuesta a la movilidad en los puestos de trabajo por el sistema de concurso, es extensible a la permuta, ya que frente al concurso, la permuta es una forma de provisión absolutamente residual y potestativa».

Así, con motivo del análisis de una solicitud de permuta en la que los funcionarios solicitantes no habían permanecido dos años en sus puestos de origen —requisito contemplado para el mecanismo de concurso en el art. 20.1 f) de la LMRFP—, dicha Dirección General sentó como criterio que, además de los requisitos establecidos en el artículo 62 de la LFCE, los funcionarios permutantes tendrían que haber permanecido dos años en sus respectivos puestos de trabajo de carácter definitivo⁴⁹.

En la esfera docente universitaria, la entrada en vigor de la LOU (art. 65) ha introducido en los concursos de acceso del profesorado universitario la misma regla de inmovilidad —durante dos años— que se hallaba establecida con carácter general para el resto de funcionarios. Por tanto, en cualquier procedimiento de autorización de permuta que se pueda suscitar entre docentes universitarios, se habrá de exigir como requisito administrativo previo —en pie de igualdad con los regulados en el artículo 62 de la LFCE— el desempeño, al menos, durante dos años de los puestos de trabajo de origen.

⁴⁸ Informes de 11 de noviembre de 1992 y de 24 de febrero de 2000.

⁴⁹ Informe de 11 de noviembre de 1992 antes citado, pues «siendo un límite aplicable a la movilidad a través del sistema normal de provisión de puestos de trabajo, con mayor razón debe aplicarse a la movilidad operada a través de un sistema que se califica como excepcional, porque no da respuesta a las necesidades de la Administración, sino que atiende exclusivamente a intereses personales de los funcionarios, que con carácter general deben quedar supeditados a aquellos». Asimismo, este criterio, como ya se indicó en el apartado 2.3 de este trabajo, ha encontrado refrendo en el ámbito reglamentario que regula la permuta en la propia Administración General del Estado (funcionarios docentes no universitarios) o en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

No queremos finalizar este apartado sin realizar una somera referencia a los tramos docentes —más conocidos como «quinquenios»— del profesorado universitario, toda vez que constituyen parte integrante del complemento específico que perciben los funcionarios de Cuerpos docentes, y cuya regulación obedece, precisamente, a las singularidades de la función docente universitaria⁵⁰.

A nuestro juicio, a pesar de su ubicación como componente por méritos docentes del complemento específico —y, por ende, como tal concepto económico, destinado a retribuir las condiciones particulares de los puestos de trabajo—, no resultaría un requisito administrativo, *stricto sensu*, exigible a los funcionarios permutantes con carácter previo a la valoración discrecional de su solicitud por la Administración. A la vista de la normativa específica que regula la concesión de estos tramos docentes⁵¹, su verdadera finalidad se halla ligada, más bien, al grado de capacidad profesional con que se desempeña el puesto de trabajo, esto es, a la eficacia con que despliega su actividad el propio funcionario, que a las características del propio puesto de trabajo⁵².

Cuestión bien distinta es que el número de tramos docentes y de investigación⁵³ de los funcionarios permutantes no deba ser debidamente ponderado en la decisión a adoptar. Dado que el número de años de servicios prestados será similar —no podrá diferir en más de cinco, conforme a la letra b) del art. 62 de la LFCE—, una diferencia significativa del número de tramos docentes y de investigación⁵⁴

⁵⁰ Conforme al preámbulo del Real Decreto 1086/1989, en el que se regula este componente por méritos docentes del complemento específico, dicho reglamento se dicta en función de la autorización contenida en el artículo 1.2 de la LMRFP, para adecuar el sistema retributivo general a las peculiaridades del personal docente universitario.

⁵¹ No hay más que acudir a la Orden de 3 de noviembre de 1989, reguladora de la evaluación de la actividad docente del profesorado, así como a la Resolución de 20 junio 1990, del Consejo de Universidades, por la que se establecen los criterios generales para la evaluación de dicha actividad docente, para constatar que la concesión de este componente está ligada a la actividad desplegada por el funcionario.

⁵² En la función docente no universitaria, en la que podemos localizar la presencia de una retribución análoga por méritos docentes —reconocible en la esfera universitaria tras su posterior acceso a ésta—, la regulación reglamentaria de la permuta, contenida en el Real Decreto 2112/1998 y que ha sido objeto de estudio en el apartado 2.3 de este trabajo, no establece como requisito administrativo para los funcionarios permutantes la posesión de un número similar de tramos docentes.

⁵³ Los tramos de investigación, a diferencia de los docentes, no forman parte del complemento específico, sino que se integran en el complemento de productividad. Sin perjuicio de ello, consideramos que este extremo podría ser valorado —en función del Cuerpo de que se trate— en la decisión discrecional a adoptar por la Universidad como en el texto se fundamenta.

⁵⁴ Siempre que no obedezca al diferente régimen de dedicación docente en el que se hayan podido encontrar acogidos uno y otro funcionario pues, conforme al artículo 2.5.5 del Real Decreto 1086/1989, los años de servicio prestados a tiempo parcial a efectos de evaluación de la actividad docente e investigadora —en este caso, hasta la reforma operada por el Real Decreto 1325/2002— se computan con el coeficiente reductor 0,5.

de ambos funcionarios deberá ser, necesariamente, *valorada* en el trámite de informe que han de emitir los correspondientes Departamentos, y ello por la trascendencia que pudiera tener en la calidad con que se viene prestando el servicio.

4. POSIBLE ENCAJE DE LA PERMUTA COMO SISTEMA EXCEPCIONAL DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN LA FUNCIÓN DOCENTE UNIVERSITARIA

Con las anteriores líneas en modo alguno se ha pretendido propugnar un uso generalizado e indiscriminado de la permuta en las Universidades, sino únicamente constatar la posibilidad de su uso una vez confirmada su plena aplicabilidad, desde el punto de vista estrictamente legal, a las Universidades⁵⁵.

Tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores, bajo ningún concepto se puede configurar la permuta como un derecho incondicionado del funcionario —más propio de una concepción patrimonialista del puesto de trabajo, ajena al vigente derecho al cargo, que no tiene acomodo en el sistema de provisión actual—. Antes al contrario, ha de recordarse que, como ha quedado dicho ya, se trata de una facultad discrecional de la Administración, cuyo ejercicio vendrá determinado en razón del interés general al que sirve, con independencia del cumplimiento de los requisitos administrativos previstos en la legislación general por parte de los funcionarios interesados, condición *sine qua non* previa a su concesión.

Bajo esta perspectiva, pretendemos esbozar en este apartado dos posibles situaciones en las que el sistema de permuta podría desplegar su eficacia en la función docente universitaria sin desvirtuar por ello su carácter excepcional como mecanismo de provisión.

4.1. Para los distintos Cuerpos docentes universitarios en áreas de conocimiento cuya situación de plantilla imposibilite la aplicación del sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo

La Universidad española ha devenido en una realidad donde la disminución del número de alumnos se ha convertido en una nota

⁵⁵ Gracias a la estrecha colaboración de los compañeros de los distintos Gabinetes Jurídicos, podemos citar autorizaciones de permutas en el seno de la Administración Universitaria en las siguientes Universidades: Granada y Cádiz; Santiago de Compostela y Vigo; y Valladolid y UNED.

característica del sistema, en cuya tendencia, hoy por hoy, no se acierta a vislumbrar el punto de inflexión. Junto a ello, la implantación de los distintos modelos autonómicos de financiación de las Universidades ha hecho de la gestión de la plantilla docente un elemento esencial en la optimización de recursos.

En este marco, y en el ámbito particular de cada Universidad, con toda probabilidad, existirán una serie de áreas de conocimiento, ligadas a titulaciones con una demanda decreciente, o caracterizadas por una evolución en la dotación de plazas que ha desembocado en un superávit de capacidad docente, en las que, difícilmente y salvo situaciones imprevistas, puedan efectuarse dotaciones de nuevas plazas estables de funcionarios de Cuerpos docentes a medio plazo.

Esta situación, en la práctica, se traducirá en la inexistencia de concursos de acceso en estas áreas de conocimiento, situación que limitaría negativamente las posibilidades de movilidad de los funcionarios, reconocidas con carácter general en el artículo 17 de la LFCE.

Si bien es cierto, como ha matizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que este artículo —de carácter básico— no confiere un derecho inmediato e incondicional a los funcionarios⁵⁶, no lo es menos que constituye un instrumento idóneo para mejorar el funcionamiento y la calidad de los servicios que prestan las Administraciones Públicas, al tiempo que da satisfacción a una permanente aspiración de sus empleados, como ha puesto de manifiesto la Dirección General de Función Pública del Ministerio de las Administraciones Públicas en el reciente «Acuerdo Marco para fomentar la movilidad de los empleados públicos entre las Administraciones Públicas»⁵⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, esta falta de movilidad de los funcionarios podría afectar negativamente a su esfera familiar, en contra de la tendencia de la política seguida en las últimas reformas laborales y de función pública⁵⁸ que pretenden la conciliación de la vida familiar y laboral de los empleados.

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1994.

⁵⁷ Actualmente, suscrito por las Comunidades Autónomas de Castilla y León, por Resolución de la Dirección General de Secretariado de la Junta y Relaciones Institucionales de 31 de octubre de 2003; La Rioja, por Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Acción Exterior de 9 de diciembre de 2003; Murcia, por Resolución de 30 de enero de 2004, de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda; y Cantabria, por Acuerdo de 17 de febrero de 2004, de la Consejería de Presidencia, Ordenación del Territorio y Urbanismo.

⁵⁸ La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, supuso la transposición a la legislación española de las directrices marcadas en esta materia por la normativa internacional y comunitaria. En su desarrollo se dictaron los Reales Decretos 1251/2001, en el ámbito laboral, y 180/2004, en el ámbito de los funcionarios públicos.

Tal y como puso de manifiesto en su día el Alto Tribunal, al enjuiciar la constitucionalidad de la introducción en el sistema de concursos de los funcionarios del derecho de consorte, «[éste se debe considerar como] un hecho justificado y razonable desde la consideración de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como son la familia, cuya protección social, económica y jurídica debe ser asegurada por los poderes públicos (art. 39.1 C.E.), lo que, entre otras manifestaciones, obliga a que éstos favorezcan, eliminando trabas, el deber de convivencia al que se refiere el artículo. 68 del Código civil. Incluso, aquella justificación razonable se aprecia también en relación con el propio mandato constitucional al que están sujetas las Administraciones Públicas de proceder con eficacia en la prestación de los servicios públicos (art. 103.1 CE), lo que legitimaría la adopción de medidas tendentes a que el personal al servicio de aquéllas se encuentre en las mejores condiciones posibles (incluso personales o familiares), para el desarrollo de su cometido»⁵⁹.

Es precisamente en estas áreas de conocimiento, donde en determinadas Universidades se registre la imposibilidad material de convocar concursos de acceso, en las que puede el mecanismo de permuta desplegar su eficacia para contribuir a la movilidad de los funcionarios sin perder por ello su carácter excepcional. Así, en los respectivos expedientes administrativos de autorización, resultará acreditada la concurrencia de aquellas circunstancias administrativas de cada Universidad que aconsejan la autorización de la permuta en razón del interés general, toda vez que su concesión se inscribirá dentro del principio de movilidad funcional como modo de incrementar la eficacia de los servicios prestados y, en su caso, conciliar la vida laboral y funcional de los empleados.

Estas tesis han sido propugnadas, expresamente, por la propia Dirección General de la Función Pública, en el informe ya citado de 24 de febrero de 2000, y por ARROYO YANES, quien dejando a un lado posibles prejuicios sobre el supuesto anacronismo de la figura de la permuta⁶⁰, pone de manifiesto que «ofrecen [las permutas] una vía en cuanto a la movilidad funcional (de ministerio, de departamento, de localidad, etc.) que no han sido suficientemente exploradas en sus posibilidades y que como tal técnica no debería ser desaprovechada,

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 200/1991, de 28 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁶⁰ Ob. cit., pág. 445. El autor manifiesta su creencia de que «no existe ningún obstáculo para considerarla [la permuta] no sólo subsistente, sino para estimar que, en la medida de lo posible, se deberían de introducir urgentes modificaciones en su régimen jurídico que la conviertan en un instrumento versátil que permita una mayor utilización de la misma en el futuro».

como ocurre en el momento presente, en tanto que permite que de modo excepcional el funcionario, o, mejor dicho, los funcionarios, puedan tomar la iniciativa en cuanto a concretar sus expectativas de movilidad, expectativas que, por las razones que puedan operar en cada caso, no estén siendo satisfechas por los procedimientos tradicionales de provisión con la suficiente celeridad y eficacia».

4.2. Para los Cuerpos docentes de Catedráticos y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias no pertenecientes a áreas de conocimiento específicas

En la LOU, en expresión feliz de PALENCIA HERREJÓN⁶¹, hay trazas implícitas de una reordenación de los Cuerpos docentes que, entre otras líneas, se materializa en la restricción de la presencia de Catedráticos y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias a determinadas áreas de conocimiento que establezca el Gobierno, previo informe del Consejo de Coordinación Universitaria (art. 58.3 y 59.3). En la actualidad, dicho catálogo ha sido fijado por el Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, en cuyo Anexo III se relacionan doce áreas de conocimiento cuya docencia se ha venido centrando, prácticamente de modo mayoritario, en titulaciones universitarias de primer ciclo.

El mecanismo elegido por la norma para lograr en un futuro dicho objetivo ha sido la limitación de la posibilidad de convocar pruebas de habilitación y concursos de acceso para dichos Cuerpos, de modo exclusivo, a las doce áreas de conocimiento que en la actualidad constituyen el catálogo contenido en el mencionado Anexo III.

Ahora bien, dado que en el peculiar sistema de cobertura de puestos de trabajo establecido para la función docente universitaria se entrelazan, en un único mecanismo, el acceso a plazas de Cuerpos docentes (aspirantes que acceden a la condición de funcionarios de dichos Cuerpos) y la provisión ordinaria de puestos de trabajo (concursos de traslado de empleados que ya tienen la condición de funcionarios de ese Cuerpo), la consecuencia indirecta —pues, creemos, que este extremo no era buscado por la norma— de la restricción establecida en la LOU ha sido la privación de la posibilidad de que los funcionarios que accedieron a los Cuerpos de Catedráticos y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias bajo la vigencia del modelo LRU se vean privados de cualquier posibilidad de traslado de su Universidad.

⁶¹ *Ob. cit.*, págs. 459-460

Pudiera pensarse en un primer momento que éste es un «efecto colateral», pues al fin y al cabo no afecta más que a un pequeño colectivo, vestigio de un sistema ya caduco en vías de reconducción. Ciertamente, no se ha podido acceder a datos publicados sobre el número de Catedráticos y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias que en las distintas Universidades españolas se encuentran adscritos a áreas de conocimiento no incluidas en el catálogo de áreas específicas del Anexo III del Real Decreto 774/2002, extremo éste esencial para poder realizar una valoración con garantías sobre el particular. Ahora bien, en el caso de la Universidad de Valladolid⁶² sí se ha podido comprobar que en el presente año, los Catedráticos de Escuelas Universitarias en áreas no específicas constituyen el 91%, mientras que en el caso de los Profesores Titulares de Escuelas Universitarias este porcentaje representa el 81,2%. Con toda probabilidad, la realidad que evidencian estos datos —la existencia de Catedráticos y Titulares de Escuelas Universitarias en áreas no específicas no constituye un fenómeno residual— resulta perfectamente extrapolable al resto de Universidades, si bien con la magnitud que en cada caso hayan determinado las políticas de profesorado de la Universidad de que se trate. En modo alguno se trata de un elemento diferencial o endógeno de la Universidad de Valladolid, sino una consecuencia más de la evolución final del modelo de profesorado universitario que en su día diseñó la LRU⁶³.

Por tanto, para este colectivo de funcionarios pertenecientes a los Cuerpos docentes de Catedráticos y Profesores Titulares de Escuelas Universitarias la permuta puede tener, aún, más sentido que el expuesto con carácter general para el conjunto de Cuerpos, pues a las razones que analizábamos en el apartado anterior se uniría la imposibilidad de acceder a cualquier otro mecanismo de movilidad.

⁶² Datos facilitados por cortesía del Vicerrectorado de Profesorado y Relaciones con el PAS y el Servicio de Gestión de Personal. En el ejercicio 2004, de un total de 111 Catedráticos de Escuela, 100 pertenecen a áreas de conocimiento no específicas. En el caso de Profesores Titulares de Escuelas Universitarias, de 404 plazas, 328 no pertenecen a áreas de conocimiento del catálogo contenido en el Anexo III del Real Decreto 774/2002.

⁶³ PALENCIA HERREJÓN, F. *Ob. cit.*, pág. 446, realiza una acertada sinopsis de la evolución del modelo de profesorado diseñado por la LRU. Las plazas de Profesores Titulares de Escuelas Universitarias se utilizaron de modo generalizado para estabilizar personal en formación, hecho al que se uniría el menor coste que estas dotaciones significaban para las Universidades si se las comparaba con sus correspondientes plazas de Profesores Titulares de Universidad. Este primer acceso en el Cuerpo de Profesores Titulares de Escuelas Universitarias, junto con el carácter indiferenciado en lo funcional de los distintos Cuerpos —al que ya se ha hecho mención—, la ausencia de una regulación legal de la «carrera docente» y la plena autonomía de las Universidades en la configuración de sus plantillas, desembocaría, igualmente, en una dotación indiscriminada de plazas de Catedráticos de Escuelas Universitarias.

4.3. Posibles restricciones para la aplicación del sistema excepcional de permuta en el ámbito interno de cada Universidad

La regulación legal de la permuta prevé que ésta pueda tener lugar dentro de un mismo Departamento o entre distintos Ministerios. Además de ello, y como ya hemos visto en apartados anteriores, de acuerdo con la actual configuración constitucional de nuestro Estado, tampoco existe inconveniente mayor para realizar permutas entre Administraciones Públicas distintas. Ahora bien, si examinamos detenidamente el artículo 62 de la LFCE, podremos comprobar que en él no hay referencia alguna a que los puestos de trabajo susceptibles de permutar se encuentren en localidades distintas, a pesar de que esta idea se halle tan extendida que prácticamente ha pasado a asociarse, de modo inconsciente⁶⁴, con la figura de la permuta.

Este pequeño comentario, nos da pie para reflexionar —siquiera sucintamente— sobre aquellos hipotéticos supuestos en que se puedan llegar a plantear solicitudes de permutas dentro de la misma Universidad con dos posibles variantes: solicitudes de permuta que no comporten un cambio de localidad (v. g. que supongan un simple cambio de Centro docente dentro del mismo municipio) y aquellas otras en las que, debido a la configuración de la Universidad de que se trate, pretendan permutar puestos de trabajo situados en Campus universitarios radicados en distintos municipios o provincias.

Como punto de partida se ha de tener presente que la permuta, como mecanismo excepcional de provisión, no admite que puedan reconducirse a ella, sin más, otros supuestos de movilidad que encuentran acomodo en procedimientos establecidos con carácter ordinario. Así, en los supuestos planteados, la cuestión de fondo que subyace no es otra que el cambio en la asignación de docencia del profesorado que conlleva, a su vez, una modificación del Centro docente de adscripción en la misma o distinta localidad. Se trata ésta de una materia que las Universidades, por regla general, tienen regulada específicamente⁶⁵. En este tipo de procedimientos se suelen establecer

⁶⁴ Y en el plano del Derecho positivo, toda vez que, como se ha indicado en el apartado 2.3 del presente estudio, el Decreto 33/1999, de 9 de marzo, de la Generalitat Valenciana, establece entre los requisitos necesarios para la autorización de la permuta «que los puestos se encuentren ubicados en distinta localidad».

⁶⁵ Así, por ejemplo, la Universidad de Salamanca, que cuenta desde julio de 1988 con una «normativa para la adscripción de profesorado ordinario a Centros», procedimiento en el que se prevé la intervención del Departamento, de los Centros afectados y, en caso de discrepancia, del hoy Consejo de Gobierno.

distintos criterios⁶⁶ para adoptar la decisión final —entre los que se encuentra, en primer lugar, la prelación de Cuerpos⁶⁷—, y en ellos intervienen los Centros docentes afectados.

A la vista de estas circunstancias, no parece oportuno autorizar estas solicitudes de permutas —en las que, además, en el primer supuesto (dentro de la misma localidad) difícilmente se van a poder esgrimir razones de conciliación de la vida laboral y familiar de primer orden—, máxime cuando esta actuación pueda suponer eludir las garantías y la ponderación de los distintos intereses en juego de terceros interesados que, por el contrario, sí están presentes en los procedimientos que encauzan con carácter ordinario esta materia. Sobre este particular, resulta interesante recordar la opinión de BARRACHINA JUAN, quien considera que «... al no respetarse en el sistema de permuta los principios constitucionales de igualdad ante la Ley y de publicidad, fácilmente se pueden impugnar las permutas que se autoricen, siempre que supongan un perjuicio o menoscabo a los intereses legítimos de otro funcionario público.»⁶⁸

5. A MODO DE CONCLUSIÓN: OBJECIONES Y REVALORIZACIÓN DE LA PERMUTA

Como se ha puesto de manifiesto, la vigencia de la figura de la permuta no ha sido cuestionada por ningún sector de la doctrina y su aplicación viene siendo ratificada por los órganos jurisdiccionales en sus distintos pronunciamientos.

Este trabajo ha pretendido despejar las dudas que pudieran existir acerca de su aplicabilidad a la función docente universitaria —fundadas en las peculiaridades que caracterizan al personal docente e investigador—, y resaltar, al mismo tiempo, que dicha aplicación ha de tener lugar respetando el carácter residual de la figura de la permuta, y no como mecanismo substitutivo del concurso de acceso.

De hecho, su cuestionamiento como forma de provisión ha derivado, fundamentalmente, del «secretismo» y la falta de publicidad que rodea su aplicación y su pugna con los principios constitucionales

⁶⁶ En el caso de la Universidad de Valladolid, el artículo 182 de sus Estatutos prevé que «... se procurará que en la asignación al profesorado de tareas académicas se pondere la pertenencia al área de conocimiento y a los Cuerpos docentes, la antigüedad y la especialidad del profesorado».

⁶⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1999, declaró como doctrina correcta «... que la distribución de funciones y cargas docentes en Departamento se efectúe teniendo en cuenta, en primer lugar, los distintos Cuerpos Docentes Universitarios [...], y, dentro de cada uno, la antigüedad».

⁶⁸ Ob. cit., pág. 121.

les de libre concurrencia, igualdad, mérito y capacidad que deben presidir todo sistema de provisión de puestos de trabajo. Estas valoraciones son las que han llevado a los sectores más críticos de la doctrina a calificar la figura de la permuta de ilegal e inconstitucional, como ya hemos indicado al inicio de este trabajo.

Otros autores, como el profesor ARROYO LLANES han procurado dejar de lado los posibles prejuicios sobre el anacronismo de la figura y han propugnado que si en su regulación se introdujeran «los mecanismos que faciliten en mayor medida la publicación de la figura»⁶⁹, tales como la publicación en los correspondientes diarios oficiales, profesionales, sindicales, tabloneros de anuncios de los centros de trabajo o la creación de un Registro dependiente de la propia Administración que controlase su aplicación, podría convertirse en un sistema operativo de provisión en aquellas situaciones en las que otros mecanismos de movilidad no resulten eficaces. Ahora bien, el propio autor, a renglón seguido, reconoce el cúmulo de problemas que acarrearía la publicación de esta figura, derivados de la concurrencia de varios interesados, apuntando que su resolución tendría que estar prevista convenientemente en algún tipo de reglas.

Sin duda alguna, esta orientación, de generalizarse, podría derivar de facto, como ya ha vislumbrado algún autor⁷⁰, en un sistema de provisión de puestos de trabajo sin vacantes, ya que los puestos objeto de la permuta están ocupados por sus respectivos titulares, sistema hasta ahora no permitido por la actual legislación.

Asumiendo estas objeciones, consideramos, que, con la excepcionalidad que se ha tratado de poner de manifiesto, esta figura puede desplegar toda su eficacia en aquellos casos en los que no quepan, por las razones que fueran, los sistemas ordinarios de provisión, y ello con el fin de garantizar las legítimas expectativas de movilidad funcional y en pro de otros valores superiores que no puedan hacerse efectivos de otra forma, como el ya señalado de la conciliación de la vida familiar y laboral.

Buena muestra de esta «revalorización» de la figura de la permuta como sistema de provisión singular de puestos de trabajo es la existencia en Internet de una página web —con la que abrimos nuestro trabajo— que pretende ser un punto de encuentro entre aquellos funcionarios de cualquier Administración Pública que estén interesados en intercambiar su puesto de trabajo; según su propia información, ahora mismo tiene «colgados» cientos de anuncios al respecto, con la siguiente dirección: www.permutas-funcionario.com.

⁶⁹ ARROYO LLANES, L. M., *Ob. cit.*, pág. 446.

⁷⁰ Como ya apuntó el profesor BARRACHINA JUAN, E., *Ob. cit.*, págs. 115 y ss.

Igualmente, las Organizaciones Sindicales en el sector de la enseñanza también ofrecen este servicio, y entre aquellos que utilizan las tecnologías más modernas podemos mencionar a la *Intersindical Alternativa de Catalunya* (IAC), con la siguiente dirección: www.docencia.org/anunperm/permutas/index.htm, y al *Sindicato de Trabajadoras y Trabajadores do Ensino de Galicia* (www.stegsindicato.org/permutas/).

¿Esta nueva realidad obligará, finalmente, a la Administración General del Estado a actualizar la regulación legal de la figura preconstitucional de la permuta?

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO LLANES, LUIS MIGUEL. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Tirant Lo Blanch, Barcelona, 1994.
- BORRACHINA JUAN, EDUARDO. *La Función Pública. Su ordenamiento Jurídico*. Parte Especial II, volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992.
- CHAVES GARCÍA, JOSÉ RAMÓN. *La Universidad pública española: configuración actual y régimen jurídico de su profesorado*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1991. y *La Universidad pública al derecho y al revés*. Evergráficas, León, 2001.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, JUAN JOSÉ. *Acceso y movilidad de los funcionarios*. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2003.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. XAVIER. *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2002.
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*. Dykinson, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Derecho de la función pública*. Tecnos, Madrid, 1996.
- SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho administrativo*. Volumen I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002.
- SOUVIRÓN MORENILLA, JOSÉ MARÍA y PALENCIA HERREJÓN, FERNANDO. *La nueva regulación de las Universidades*. Comares, Granada, 2002.
- TARDÍO PATO, JUAN ANTONIO. *El derecho de las Universidades públicas españolas*. Volumen I, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1991.

INFORMES Y JURISPRUDENCIA LA COMISIÓN SUPERIOR DE PERSONAL Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL MINISTERIO DE LAS ADMINISTRACIONES CENTRALES

- STC 26/1987, de 27 de febrero.
 - STS de 12 de febrero de 1988.
 - SAT de Zaragoza de 13 de junio de 1988.
 - STS de 23 de diciembre de 1988.
 - STC 146/1989, de 21 de septiembre.
 - STS 12 de diciembre de 1990.
 - STC 200/1991, de 28 de octubre.
 - STC 235/1991, de 12 de diciembre.
 - STS de 16 de mayo de 1994.
 - STS de 7 de marzo de 1995.
 - STSJ de Madrid de 2 de junio de 1998.
 - STS de 16 de febrero de 1999.
 - STSJ de Galicia de 24 de marzo de 1999.
 - STSJ de Baleares de 30 de marzo de 2000.
 - STS 12 de diciembre de 2000.
 - STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2001.
 - STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2001.
 - STC 37/2002, de 14 de febrero.
 - STC 1/2003, de 16 de enero.
- Informe de la DG de la Función Pública de 24 de febrero de 2000.

JURISPRUDENCIA

- STC 28/1987, de 27 de febrero.
- STS de 15 de febrero de 1988.
- STS de Zaragoza de 13 de junio de 1988.
- STS de 25 de diciembre de 1988.
- STC 126/1989, de 31 de septiembre.
- STS 12 de diciembre de 1990.
- STC 200/1991, de 28 de octubre.
- STC 222/1991, de 12 de diciembre.
- STS de 16 de marzo de 1994.
- STS de 7 de marzo de 1995.
- STS de Madrid de 2 de junio de 1998.
- STS de 16 de febrero de 1999.
- STS de Galicia de 24 de marzo de 1999.
- STS de Barcelona de 30 de marzo de 2000.
- STS 12 de diciembre de 2000.
- STS de Castilla-La Mancha de 26 de enero de 2001.
- STS de Cataluña de 18 de marzo de 2001.
- STC 37/2001, de 14 de febrero.
- STC 12007, de 19 de marzo.

INFORMES Y DICTÁMENES DE LA COMISIÓN SUPERIOR DE PERSONAL Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL MINISTERIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

JUAN MANUEL GÓMEZ

DECANO DE LA ESCUELA PROVINCIAL DE JUECES, PROFESOR TITULAR DE DERECHO PENAL DE LA UNED Y DIRECTOR DEL CERSERO

- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 24 de julio de 1986.
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 10 de diciembre de 1987.
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 29 de junio de 1990.
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 16 de julio de 1990.
- Informe de la DG de la Función Pública de 11 de noviembre de 1992.
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 15 de marzo de 1993.
- Informe de la DG de la Función Pública de 14 de abril de 1996.
- Informe de la DG de la Función Pública de 3 de diciembre de 1999.
- Informe de la DG de la Función Pública de 24 de febrero de 2000.

El presente artículo analiza particularmente los aspectos más relevantes de la doctrina civil sobre el dolo en el delito de homicidio. En primer lugar, se trata de determinar si el dolo en el delito de homicidio se trata de un dolo específico o de un dolo genérico. En segundo lugar, se analiza el dolo en el delito de homicidio en el caso de la comisión por culpa. Como resultado de esta investigación se concluye que el dolo en el delito de homicidio es un dolo específico y que el dolo en el delito de homicidio puede ser genérico o específico. En tercer lugar, se analiza el dolo en el delito de homicidio en el caso de la comisión por culpa. Como resultado de esta investigación se concluye que el dolo en el delito de homicidio puede ser genérico o específico. En cuarto lugar, se analiza el dolo en el delito de homicidio en el caso de la comisión por culpa. Como resultado de esta investigación se concluye que el dolo en el delito de homicidio puede ser genérico o específico.

2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El dolo en el delito de homicidio se regula en el artículo 170 del Código Penal y en el artículo 170 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el artículo 170 del Código Penal se establece que el dolo en el delito de homicidio es un dolo específico y que el dolo en el delito de homicidio puede ser genérico o específico.

- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 24 de julio de 1974
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 10 de diciembre de 1987
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 29 de junio de 1990
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 16 de julio de 1990
- Informe de la DG de la Función Pública de 11 de noviembre de 1991
- Acuerdo de la Comisión Superior de Personal de 11 de marzo de 1993
- Informe de la DG de la Función Pública de 14 de abril de 1996
- Informe de la DG de la Función Pública de 2 de diciembre de 1999
- Informe de la DG de la Función Pública de 24 de febrero de 2000

LAS COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Por

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ APARICIO

FISCAL EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN. PROFESOR TUTOR DE DERECHO
PROCESAL DE LA UNED Y DOCTOR EN DERECHO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. 3. LAS COSTAS A FAVOR DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR. 4. POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA: LA NO NECESIDAD DE ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS COSTAS A LA ACUSACIÓN PARTICULAR. 5. LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ACUSACIÓN PARTICULAR. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque en la generalidad de los delitos la acción penal y civil es ejercitada por el Ministerio Fiscal en solitario conforme al artículo 105 y 108 de la LECr no es obstáculo para que la víctima pueda personarse en el procedimiento y ejercitar conjuntamente la acción penal y la civil o sólo una de estas dos y ello conforme a los artículos 101, 104, 109, 110 y 111 de nuestra vieja Ley Procesal Penal.

Si ejercita la acción penal y la civil o sólo la penal la parte se habrá constituido como acusación particular mas si ejercita sólo la acción civil estará actuando como un actor civil. En ambos casos la personación se hará a través de abogado y procurador de designación o de oficio con los consiguientes gastos. Como veremos nuestra legislación procesal y penal ha diseñado un singular régimen para las costas de la acusación particular. Analizaremos tanto el supuesto en donde el juzgador le impone las costas a la acusación como el supuesto contrario. El caballo de batalla estará en saber si es menester en todo caso un pronunciamiento expreso y motivado del juzgado o tribunal y en caso de exigirse qué efectos se derivarán de su no pronunciamiento.

2. REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL Y EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Históricamente ha habido una mutación en la naturaleza de las costas impuestas al autor de un delito o falta. Así en los Códigos pena-

les de 1848 y 1870 fueron consideradas penas. Sin embargo en el Código penal de 1928 se les va a conceptualizar como responsabilidad civil. Por último, va a ser el Código penal de 1932 el que estableció el criterio actual de separarlo de la responsabilidad civil pero regulándolo bajo un mismo título, constante que se mantiene en el CP de 1973 y en el actualmente vigente.

También ha sido una constante histórica la regulación dual tanto en el texto sustantivo como en el procesal aunque no hay duda que nos encontramos ante una materia de naturaleza claramente procesal y que por tanto debería ser en la ley adjetiva donde se contemplase de forma unitaria la regulación de la misma.

Comenzando por el texto punitivo debemos indicar que está dentro del Título V del Libro I del Código penal rubricado «De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales» recogiendo *ex professo* un capítulo 3.º dedicado a las costas con dos preceptos, los artículos 123 y 124, que no han sufrido reforma alguna desde la elaboración de este Código llamado de la Democracia. El artículo 123 CP establece la regla general de que las costas se imponen al condenado reproduciendo el contenido del artículo 109 del Código penal de 1973. Es el artículo 124 el que explicita las diferentes partidas a incluir en la tasación aludiendo expresamente a los honorarios de la acusación particular como crédito a incluir siempre en los delitos perseguibles a instancia de parte. La cuestión surge rápidamente ¿qué ocurre con los honorarios de la acusación particular en los delitos públicos o semipúblicos? La cuestión no es baladí dado que la generalidad de los delitos son públicos y semipúblicos. El CP anterior no hacía alusión alguna a estos honorarios en función del delito por lo que no nos sirve como criterio interpretativo.

La LECr en los artículos 239 a 246 se limita a indicar que obviamente las costas no se impondrán a quien resulte absuelto. Respecto a la acusación particular lo que contempla es la posibilidad de que sean condenados a abonarlas cuando hayan actuado con mala fe o con temeridad. Sin embargo nada dice cuando es el caso opuesto. Por tanto ¿basta con indicar condenado en costas? o ¿habrá que añadir incluidas las de la acusación particular?

3. LAS COSTAS A FAVOR DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Es esta falta de concreción junto a un aparente criterio contradictorio sostenido en el texto punitivo lo que hace que en la práctica se siga planteando si los honorarios de la acusación particular requieren un pronunciamiento expreso del juez o no. Quienes sostienen que

debe requerirse una especial alusión en la sentencia consideran que ello se desprende del CP cuando a *sensu contrario* está señalando que cuando los honorarios son en delitos públicos no siempre se van a incluir (art. 124 CP). Por el contrario, la mayoría va a defender, y así lo recoge nuestra jurisprudencia, como veremos, que no es necesario para incluir en las costas un pronunciamiento expreso sino que será necesario precisamente para excluirlas.

Los argumentos básicamente son los siguientes:

- Ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*. Consecuentemente si la ley hubiera querido someter las costas de la acusación particular a una especial valoración por parte del juzgador así lo hubiera indicado. Así en nuestro Derecho histórico observamos cómo el denominado procedimiento de urgencia y en concreto en el artículo 802 LECr en la redacción que le dio la Ley 8 de junio de 1957 establecía la necesidad de pronunciamiento expreso de tal modo que «a falta de pronunciamiento sobre este extremo, dichas costas, no se incluirán en la correspondiente tasación».
- La naturaleza procesal de las costas. Aunque en último término al condenado se le impone una obligación pecuniaria, ésta pese a que el condenado lo confunda habitualmente no es pena, ni responsabilidad civil, por lo que no es necesario que expresamente se haya pedido. Por tanto, nada tiene que ver ni con el principio acusatorio que rige respecto al ilícito penal ni con el principio dispositivo que rige la acción civil derivada del delito. Por tanto, aunque el acusador particular nada diga, aunque en la práctica es improbable, las costas incluirán sus honorarios.
- También razones constitucionales apuntan a rechazar a quienes consideran que es menester que se justifiquen su inclusión, de tal modo que no se incluyan salvo que expresamente se diga. Si esta tesis triunfase en último término se estaría obstaculizando el principio de que la acción penal es pública (art. 125 CE) porque la víctima debería afrontar el pago de su abogado y procurador lo que obviamente le estaría impidiendo libremente participar en la justicia cuyo fin trata de garantizar el artículo 125 de nuestra Carta Magna. No obstante, hay que señalar que el TS no permite que el condenado abone las costas causadas por la acción popular (STS de 16-11-98).
- Porque en la legislación procesal civil rige el criterio de vencimiento objetivo salvo que el juez excepcionalmente justifique su no imposición. No hemos de olvidar que el proceso penal es un proceso complejo donde se ejercitan dos acciones radical-

mente distintas: la acción civil y la acción penal. La primera es de carácter dispositivo que se rige por las normas civiles y procesales civiles salvo que el texto sustantivo o procesal penal indiquen un régimen diferenciado. Por tanto si resulta que la víctima del delito puede reservarse la acción civil y acudir a un procedimiento civil que de ganarlo le supondría que la parte contraria le abonase las costas conforme al artículo 394 LEC entonces, ¿por qué esa misma acción civil ejercitada en el proceso penal va a recibir un tratamiento distinto en lo referente a las costas? Por consiguiente hemos de evitar una clara e ilógica interpretación discriminadora de los preceptos y considerar que en ambos casos es el vencido en juicio el que deberá de abonarlas sin que sea imprescindible que el juez lo motive explícitamente.

4. POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA: LA NO NECESIDAD DE ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS COSTAS DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Con anterioridad a la vigencia del CP de 1995 el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo del día 3 de mayo de 1994 acordó que la imposición de costas de la acusación particular debe regirse por el principio del vencimiento, atemperado por la apreciación de temeridad o mala fe procesal de la parte. De esta forma se ponía término a una vieja jurisprudencia que exigía acreditar que la labor de la acusación particular había sido relevante con lo que su imposición exigía justificación y motivación en la sentencia de condena.

La STS de 26 de noviembre de 1997 así lo certificaba al afirmar «las costas del acusador particular han de incluirse entre las impuestas al condenado, salvo que las pretensiones del mismo sean manifiestamente desproporcionadas, erróneas o heterogéneas con relación a las deducidas por el Ministerio Fiscal, habiéndose abandonado el antiguo criterio de la relevancia».

La STS de 22 de septiembre de 2000 subraya la no necesidad de pronunciamiento expreso cuando sea pertinente su abono por el condenado «cuando la inclusión de las costas de la acusación particular haya de ser tenida en cuenta, el Tribunal no tiene que pronunciarse sobre la relevancia de la acusación lo mismo en el proceso ordinario que en el abreviado».

Lo que ocurre en muchas ocasiones es que la Sala se ve obligada ante el recurso de la parte contraria contra la inclusión de las costas a justificar «la relevancia de la acusación particular» lo que no significa que se vuelva al antiguo criterio jurisprudencial. Sirva de botón de muestra la SAP de Asturias, sec. 2.ª, de 13 de diciembre de 2003 (EDE, 2003/196745) en donde se destaca que gracias a la actuación de la acusación particular la víctima ha obtenido una indemnización notablemente superior a la que pedía el fiscal. De la misma línea la SAP de Málaga, sec. 1.ª, de 7 de noviembre de 2003 (EDE, 2003/209048).

La SAP de Burgos, sec. 1.ª, de 11 de noviembre de 2003 (EDE, 2003/212446) acogiendo el criterio de nuestra Sala II del TS añade, sin embargo, que para que las costas de la acusación particular sean abonadas por el condenado es necesario solicitarlas expresamente como tales en el escrito de acusación y no basta con pedir genéricamente la condena en costas. Esta matización que posibilita a la Audiencia burgalesa estimar el recurso y excluir las costas de la acusación particular resulta en mi opinión discutible. El artículo 650 LECr no exige para el procedimiento ordinario el expreso pronunciamiento de las costas. Sin embargo el artículo 781 LECr para el procedimiento abreviado y por remisión el artículo 800 LECr para los denominados *juicios rápidos* sí aclara que el acusador deberá posicionarse también sobre las costas. Pero obviamente lo que no aclara es si bastará la fórmula genérica de «condena en costas» o deberá añadir «las incluidas de esta acusación». Considero que no es necesario por la misma razón que el Tribunal no tiene que declarar su inclusión. Cuestión distinta es que, habiendo condena en costas, la parte no las reclame ya que el artículo 242 LECr da la facultad a los abogados y procuradores de reclamar sus honorarios pero naturalmente no les obliga a ello.

Evidentemente lo que no cabe es su imposición cuando la acusación particular haya retirado la acusación. Éste es el caso que recoge la STS de 18 de julio de 2001 (EDE, 2001/29150) en donde se había incluido en la tasación de costas los honorarios de la acusación particular y ésta había retirado su inicial pretensión condenatoria. Igualmente no cabe su inclusión cuando la asistencia de letrado no es preceptiva. La SAP de Tarragona, sec. 2.ª, de 10 de febrero de 2004 (EDE, 2004/7582) en un caso de accidente de circulación en que se condena por falta considera que en las costas no se incluyan la del acusador particular ya que las costas son en definitiva los gastos necesarios de un proceso y los honorarios del abogado no son gastos necesarios desde el mismo momento en que la ley no exige su intervención. Esta sentencia cita a su vez la STS de 9 de marzo de 1991 y el auto del TC

de 25 de enero de 1993. Por otra parte considera como argumento a favor de su postura que el artículo 32 apartado 5.º de la LEC advierte que no se abonarán los honorarios de abogado y procurador en los procesos en que no sea preceptiva su asistencia.

La STS de 27 de junio de 2003 (EDE 2003/92815) parece recuperar el antiguo criterio de la relevancia, al afirmar que el notable papel de la acusación particular en la tramitación de la causa y en la investigación de los hechos le hace acreedor de que las costas sean abonadas por el acusado. Sin embargo, como aclara la propia sentencia que acoge el criterio del acusador particular, se sigue manteniendo la doctrina unánime sostenida por esta Sala, y frente al tribunal *a quo* que había rechazado que las costas las abonase el acusado, estima parcialmente el recurso y obliga al condenado a pagar las costas del acusador particular.

El pago de las costas de la acusación particular será cuasi automático en los delitos cuya persecución requieran inexcusablemente la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal, como señala la STS de 20 de abril de 2004 (EDE, 2004/31423).

El fundamento a que las costas del acusador particular deban ser satisfechas por el propio condenado se recoge con toda rotundidad en la STS de 15 de abril de 2002¹.

El abono de estas costas deberá ser de cuenta del condenado y sólo de él. En el supuesto de que exista un responsable civil distinto al propio condenado (*ad exemplum* una entidad aseguradora) éste

¹ Por su importancia reproducimos un fragmento de la Sentencia de 15 de abril de 2002, fundamento jurídico 1.º *Como recuerda la sentencia n.º 180/2000 de 25 de enero de 2001, tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia (STS de 21 de febrero de 1995, 2 de febrero de 1996, 9 de octubre de 1997 y 29 de julio de 1998, entre otras), coinciden en destacar la naturaleza procesal de las costas procesales, cuyo fundamento no punitivo sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, la privada o la acción civil que representa a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado... Por ello señala expresamente la sentencia de 21 de febrero de 1995 que «la condena en costas no se concibe como sanción sino como resarcimiento de gastos procesales».*

La inclusión en la condena en costas de las originadas a la víctima o perjudicado por el delito, que se persona en las actuaciones en defensa de sus intereses y en ejercicio de los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la asistencia letrada (24.2 CE) constituye, en consecuencia, la aplicación última al proceso penal del principio de causalidad, como destaca la doctrina procesal. El efecto de este principio es el resarcimiento por el condenado, declarado culpable del acto delictivo que causó el perjuicio, del gasto procesal hecho por la víctima en defensa de sus intereses.

Junto a esta dimensión constitucional de las costas, como resarcimiento de los gastos procesales ocasionados a los perjudicados por un comportamiento antijurídico, destacada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones, no ha de olvidarse que a través del proceso penal se ejercitan acumuladamente acciones civiles de reparación, que no resultan congruentes someter a criterios procesales antagónicos con los que rige el proceso civil.»

nunca puede ser condenado en costas. La razón es bien sencilla; el tenor del artículo 123 CP y del artículo 240.2 LECr indica que la condena es sólo para los criminalmente responsables o procesados, por lo tanto sólo se condena en costas a quien ha participado como autor o cómplice en un delito o falta. La jurisprudencia ha mantenido pacíficamente esta interpretación (STS de 30 de octubre de 2003). Luego el responsable civil sólo abonará la responsabilidad civil del delito y no las costas. Cuestión distinta es si el propio responsable civil recurre en apelación o casación, en cuyo caso si su recurso es desestimado sí tendrá que abonar las costas dimanadas de ese recurso no acogido.

Un caso peculiar es si el responsable civil es una aseguradora y tiene pactado con su asegurado que también afrontará las costas. La cuestión puede variar en cuanto que contractualmente el condenado sí puede exigirle el pago de las costas. Pero considero que éste es un acuerdo que tiene eficacia sólo entre las partes y, por consiguiente, si la ley veda la posibilidad de imponer las costas de la acusación particular al responsable civil la existencia del contrato de seguro entre el condenado y el responsable no permitirá al acusador particular exigir directamente al responsable civil el abono de sus costas.

Otro caso singular es cuando se trata de costas procedentes de Letrados de la Administración. En este caso no se va a incluir en su minuta el Impuesto del Valor Añadido (IVA). Así lo ha indicado entre otras, la STS Sala 3.ª, de 13 de febrero de 1996 cuya doctrina sobre la no sujeción a IVA de las minutas de los Letrados de la Administración resulta aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales.

Por último, como caso especialísimo y por consiguiente infrecuente, es cuando la propia víctima por su condición de letrado, o por estar autorizado al ser licenciado en Derecho o doctor, actúe en su propio nombre y ejerza la acusación sin necesidad de letrado. En este caso considero que aunque la ley nada dice sobre el particular no sería posible incluir en la tasación de costas «sus honorarios» ya que las costas implican la existencia de un gasto y éste realmente no ha existido o ha sido ínfimo por lo que incluirlas generaría un enriquecimiento sin causa o con una causa problemática.

5. LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA ACUSACIÓN PARTICULAR

Únicamente es posible imponer las costas ocasionadas en el procedimiento a la acusación particular o al actor civil cuando actúen en

el proceso penal con mala fe o con temeridad. Éstos en realidad son conceptos equivalentes y así se desprende con toda claridad del artículo 240.3 de la LECr. Por consiguiente, se parte de la regla general de que no habrá condena en costas aun cuando la sentencia sea absolutoria y por tanto contraria a la pretensión de quien ha sido acusador particular. En este sentido, la legislación procesal penal sigue un criterio similar al establecido en el orden contencioso-administrativo cuyo artículo 139.1 de la LJCA también parte de la regla general de la no imposición.

Consecuentemente, si el Tribunal desea «castigar» a la acusación particular adjudicándole las costas del proceso no quedará más remedio que apreciar temeridad o mala fe. Para determinarlo es fundamental, como recuerda la STS 608/2004, de 17 de mayo, confrontar la tesis de la acusación particular con la mantenida por el fiscal valorando si la actuación de la parte ha sido especialmente perturbadora, generando dilaciones y manteniendo en la llamada «pena de banquillo» a quien a todas luces no debió de sentarse en aquel lugar. Esto no significa, como acertadamente indica nuestro más alto Tribunal, que el dato de que el fiscal no acuse, si la acusación y se dicte sentencia absolutoria provoque ineludiblemente la imposición de costas por temeridad. Habrá que ver caso a caso y bajo un criterio interpretativo claramente restrictivo y ello en atención al especialísimo régimen sobre las costas de la acusación particular.

En la misma línea es de destacar la SAP de Álava, sec. 1.ª, de 16 de febrero de 2004 (EDE, 2004/26206). La Audiencia estima el recurso interpuesto por la acusación particular exonerándole del pago de las costas causadas y que el tribunal *a quo* le había impuesto precisamente al considerar que había actuado temerariamente. La temeridad según el tribunal de instancia consistía en haber acusado por un delito de insolvencia punible frente al criterio del Ministerio Público que solicitaba el sobreseimiento. El Tribunal absuelve y le impone las costas. Por el contrario, el Tribunal *ad quem* recuerda que por el solo hecho de que el fiscal no acuse no implica automáticamente que la conducta procesal del acusador particular sea temeraria. Por el contrario, se observa que en el procedimiento existían indicios de delito, y prueba de ello es que el propio Juzgado de Instrucción decretase la apertura de juicio oral no acogiendo la inicial petición de sobreseimiento del fiscal. El dato de que tales indicios no se convirtieran en prueba de cargo no debe acarrear indefectiblemente la imposición de las costas, cuando ni siquiera la defensa del acusado lo pedía.

6. CONCLUSIONES

En definitiva y a modo de corolario podemos extraerse las siguientes conclusiones²:

- 1.º La condena en costas en delitos perseguibles a instancia de parte por delitos de naturaleza privada incluirá siempre las costas de la acusación particular y del actor civil si los hubiere.
- 2.º La condena en costas por el resto de los delitos incluye como regla general la inclusión de las costas de la acusación particular sin necesidad de especial pronunciamiento.
- 3.º La exclusión de las costas de la acusación requiere especial pronunciamiento debidamente motivado, admitiéndose como causa de justificación de su exclusión cuando la actuación de la parte acusadora haya sido notoriamente inútil o superflua y especialmente cuando la petición formulada no haya encontrado eco en la sentencia, existiendo una evidente incongruencia entre lo que se pedía y por lo que condenó el juez. En estos casos será el perjudicado y no el condenado el que tenga que soportar las costas.
- 4.º Se impondrán las costas al acusador particular o actor civil cuando éste haya obrado con mala fe o temeridad.

² Resulta de sumo interés la STS de 9 de diciembre de 1999 (EDE, 1999/46469) que recoge la doctrina completa sobre esta materia.

INFORME SOBRE LA PROPUESTA DE ACUERDO POR EL QUE EL CONSEJO DE GOBIERNO QUEDA ENTERADO DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA N.º 1.041 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID, ACORDADA POR EL PLENO DEL AYUNTAMIENTO DE X DE FECHA 1 DE JULIO DE 2004, POR EL QUE SE INCORPORA A LAS NORMAS SUBSIDIARIAS DE DICHO MUNICIPIO, APROBADAS DEFINITIVAMENTE POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID EL DÍA 21 DE NOVIEMBRE DE 1991, LA DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LAS UNIDADES DE ACTUACIÓN U.A.1, UA2A Y UA2B, QUE FUERON OBJETO DE IMPUGNACIÓN

Se ha recibido en este Servicio Jurídico procedente de la Secretaría General Técnica una solicitud de informe sobre la propuesta de acuerdo por el que el Consejo de Gobierno queda enterado de la ejecución de la sentencia n.º 1.041 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, acordada por el Pleno del Ayuntamiento de X de fecha 1 de julio de 2004, por el que se incorpora a las normas subsidiarias de dicho municipio, aprobadas definitivamente por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid el día 21 de noviembre de 1991, la documentación relativa a las unidades de actuación UA1, UA2A y UA2B, que fueron objeto de impugnación.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente

INFORME

I

La cuestión a examinar en el presente informe es la corrección jurídica de la propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno referida como forma de ejecución de la Sentencia de 19 de junio de 1998 de la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Para ello debemos analizar previamente diferentes aspectos, uno de ellos sería la naturaleza jurídica de los planes de ordenación y, por otra parte, el alcance de la sentencia citada, su naturaleza, así como las formas de ejecución de las sentencias anulatorias de planes urbanísticos.

Hoy día no hay duda de la naturaleza normativa de los planes urbanísticos, cuestión pacíficamente admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia desde la Sentencia de 8 de mayo de 1968. En este sentido Sentencias de 22 de mayo de 1974, 17 de octubre de 1988, 27 de junio de 1994, 21 de julio de 1999, 17 de diciembre de 2001, 9 de julio de 2003, entre otras muchas, y de igual manera la STC 59/86, de 13 de mayo. Esta naturaleza normativa hace que las ilegalidades en los planes determinen su nulidad de pleno derecho sin posibilidad de convalidación, artículos 62. 2 y 67 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1999 al señalar que *«La Sentencia de esta Sala de 31 de julio de 1991 anuló el Plan General Municipal de Ordenación Urbana de Burgos del año 1985, como consecuencia de anular la Orden de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio de la Junta de Castilla y León de 27 de septiembre de 1985, que lo había aprobado en forma definitiva. Dicha sentencia produjo efecto erga omnes, por participar el PGOU de Burgos de la naturaleza de las disposiciones de carácter general. La invalidez de un reglamento, ya sea por razones de fondo o por vicios formales en su procedimiento de elaboración, comporta una nulidad de pleno derecho que alcanza a todas sus normas, por lo que no es eficaz argumentar que la nulidad se haya declarado sólo por motivos de procedimiento o que afecte —como se aduce— únicamente a la Orden de aprobación del Plan.»*

Esta nulidad de pleno derecho supone que el instrumento de planeamiento declarado nulo es expulsado del ordenamiento jurídico, perdiendo su validez.

Por ello, entrando ya en el segundo aspecto anteriormente indicado, las sentencias anulatorias de planes urbanísticos tienen la naturaleza de sentencias meramente declarativas, en las cuales la tutela judicial se consume precisamente con el dictado de la sentencia, tal y como recoge el artículo 521 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que *«1. No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas. 2. Mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos, sin necesidad de que se*

despache ejecución. 3. Cuando una sentencia constitutiva contenga también pronunciamientos de condena, éstos se ejecutarán del modo previsto para ellos en esta Ley.»

De esta forma la sentencia priva de eficacia a los aspectos del plan general que anula desde el momento en que adquiera firmeza y con efectos *ex tunc*, sin necesidad de una específica actividad administrativa de ejecución, necesaria por el contrario en las sentencias de condena, que obligan a la Administración a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Esta naturaleza declarativa de las sentencias anulatorias es reiteradamente señalada por la jurisprudencia, así Sentencia de 18 de mayo de 1998 o el Auto de 15 de julio de 2004 de la propia Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, al recoger esa naturaleza respecto de la sentencia de dicha Sala de 27 de febrero de 2003 que anula parcialmente la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, establece que estas sentencias *«... producen sus efectos por sí mismas, sin necesidad de un acto administrativo que reitera la ineficacia de la disposición anulada y sin requerir ulterior proceso de ejecución propiamente dicho, ni tolerarlo tampoco en la medida en que implique la imposición a la Administración de obligaciones a cuyo cumplimiento no fue condenada, y ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, pueda la sentencia constitutiva ser objeto de ejecución impropia, en cuanto a que hayan de rechazarse eventuales incumplimientos indirectos de la sentencia(...). Por consiguiente, en caso de que hubiera de acudir a un procedimiento incidental de ejecución para evitar inejecuciones indirectas de la sentencia constitutiva, ello sería en el entendido de que éstas van más allá de la mera oposición entre el fallo y la ulterior actividad administrativa, pues implican el desarrollo de una actividad viciada de desviación de poder por estar encaminada a neutralizar o a desvirtuar la efectividad de la sentencia.»*

II

Por ello los únicos efectos de la sentencia que analizamos es que las Normas Subsidiarias de X aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de noviembre de 1991 sencillamente han dejado de existir.

Por ello no es correcto la solución planteada por el Ayuntamiento de X de modificar dichas normas eliminando los vicios jurídicos advertidos por la sentencia por cuanto no se puede modificar unas normas que ya no existen, tal y como establece contundentemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1989 que, aceptan-

do los fundamentos de derecho de la sentencia apelada al indicar que «... el contenido de las nuevas normas sigue siendo una modificación de aquellas otras que fueron anuladas por la citada sentencia del Tribunal Supremo y si bien su anulación en modo alguno impedía a la Administración producir otras nuevas, sí constituye obstáculo fundamental para que puedan considerarse legítimas sólo como modificación de las primeras», reitera expresamente que «Efectivamente, la circunstancia de que este Alto Tribunal anulara una resolución aprobatoria de determinado instrumento urbanístico no podía impedir que la propia Administración confeccionara y aprobara otro que contenga la misma normativa de aquél, y esta realidad —que es la que constituye el argumento básico de quien apela—, lejos de ser negada o desconocida por la sentencia que revisamos, fue expresamente afirmada por la misma, pero, como muy oportunamente hace ver, lo que no se puede considerar válido ni jurídicamente concebible es que un Ordenamiento, urbanístico o no, se denomine y por su contenido constituya la modificación total o parcial de lo inexistente en la esfera del Derecho, lo que naturalmente no constituye obstáculo para que, incluso las mismas disposiciones que devinieron nulas fueran reproducidas para modificar la normativa preexistente a la Orden que se anuló, pero no con la calificación de modificadora de las de ésta».

Puesto que el fallo de la Sentencia de 21 de noviembre de 1991 establece claramente que «se declara la nulidad de la aprobación definitiva de las normas subsidiarias impugnadas» en clara congruencia —artículo 33 de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa— con el *petitum* de la demanda de los recurrentes «...dicte sentencia estimando este recurso y anulando dichas normas», se declaran nulas de pleno derecho las normas subsidiarias en toda su extensión y contenido y no solo, como parece entender la propuesta de Acuerdo sometida a informe, las tres unidades de actuación citadas.

La sentencia anuló la totalidad de las normas subsidiarias por un vicio sustancial de contenido como es la utilización de la delimitación de unidades de actuación como mecanismo para la obtención de sistemas libres de carácter público, esto es, sistemas generales de utilización por la totalidad del municipio, imponiendo para ello a unas unidades de actuación una cesión del 68,7%, incumplíendose el deber de equidistribución de beneficios y cargas, debiendo utilizarse para la obtención de sistemas generales el sistema de expropiación.

Por ello no es correcta la vía utilizada no sólo por cuanto no es posible modificar unas normas inexistentes sino que, además, tampoco se respetaría el procedimiento de modificación de los planes urbanísticos que requiere ciertamente como indica el Informe de 26

de julio de 2004 de la Dirección General de Urbanismo y Planificación Regional un procedimiento bifásico, pero esa modificación precisa seguir el procedimiento establecido en la ley, so pena de incurrir en una nulidad de pleno derecho, concluyendo con un acto formal de aprobación por el Consejo de Gobierno, no mediante un mero acuerdo por el que se da por enterado de la actuación llevada a cabo por el Ayuntamiento.

Por ello la actuación a realizar sería proceder a la elaboración de unas nuevas normas subsidiarias, no pareciendo aplicable al presente supuesto la jurisprudencia que permite una retroacción en el procedimiento de elaboración ya que la misma se refiere más bien a supuestos de meras irregularidades en el procedimiento de elaboración de los planes (v. gr. falta de información pública, insuficiente motivación de la memoria, etc.) en tanto que aquí nos encontramos ante un vicio en el contenido del plan.

La redacción de unas nuevas normas permitiría a la Administración dar una regulación urbanística al término municipal de X evitando la actual situación en la que forzosamente debe entenderse vigente el planeamiento existente con anterioridad a las normas subsidiarias declaradas nulas, teniendo como único límite el evitar introducir una regulación idéntica a la de las normas anuladas recayendo en los mismos vicios criticados por la sentencia, ya que ello se consideraría una inejecución indirecta de la misma, inejecuciones rechazadas por la jurisprudencia —así el Auto de 15 de julio de 2004 citado— y que daría lugar a la nulidad de pleno derecho de lo aprobado ex artículo 103.4 de la Ley Jurisdiccional.

Al no haberse remitido a este Servicio Jurídico el contenido de la modificación puntual aprobada por el Ayuntamiento no es posible entrar a valorar este aspecto si bien pierde importancia ante la inadecuación de la vía seguida, por lo que queda como mera prevención a los efectos de futuras actuaciones.

Por todo lo expuesto procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. No procede elevar al Consejo de Gobierno el Acuerdo sometido a informe al no ser posible jurídicamente la modificación de unas normas subsidiarias anuladas por sentencia firme.

SEGUNDA. El procedimiento a seguir para evitar el vacío normativo creado por la sentencia citada consistiría en la elaboración de

unas nuevas normas subsidiarias de planeamiento para el término municipal de X.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá.

Este Informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yáñez Díaz

[Faint, mostly illegible text, likely bleed-through from the reverse side of the page.]

N.º LEY	FECHA LEY	FECHA BOE	ASUNTO
12005	12/04/2005	16/04/2005	SE Pasa en Pozuelo de Alarcón la Capital del Partido Judicial Número 21 de la Comunidad de Madrid
12005	12/04/2005	16/04/2005	DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 9/2001 DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID PRIMER TRIMESTRE 2005

N.º	FECHA LEY	FECHA BOE	ASUNTO	CONTENIDO
				CORRECTOR DEL HINARIES Y LA AGENCIA PARA EL DESARROLLO DEL SOB
12205	28/01/2005	28/01/2005	TRANSPORTE E INFRAESTRUC.	SE CREA EL COMITÉ MADRILEÑO DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y SE ENCIENDE EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL PERSONAL DE LA CAMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID
12305	17/01/2005	11/01/2005	MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE MODIFICA PARCIALMENTE EL DECRETO 15/2001, DE 1 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL PERSONAL DE LA CAMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID

N.º LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO	CONSEJERÍA	OTROS
1/2005	12/04/2005	18/04/2005	SE FIJA EN POZUELO DE ALARCÓN LA CAPITAL DEL PARTIDO JUDICIAL NÚMERO 21 DE LA COMUNIDAD DE MADRID		
2/2005	12/04/2005	13/04/2005	DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 9/2001, DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID		
N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO	OTROS
1/2005	20/01/2005	24/01/2005	PRESIDENCIA	EXTINCIÓN DE LA AGENCIA PARA EL DESARROLLO DEL CORREDOR DEL HENARES Y LA AGENCIA PARA EL DESARROLLO DEL SUR	
2/2005	20/01/2005	27/01/2005	TRANSPORT. E INFRAESTRU.	SE CREA EL COMITÉ MADRILEÑO DE TRANSPORTE POR CARRETERA Y SE REGULA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL PERSONAL DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID	
13/2005	27/01/2005	31/01/2005	MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE MODIFICA PARCIALMENTE EL DECRETO 17/2001, DE 1 DE FEBRERO, POR EL QUE SE REGULA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DEL PERSONAL DE LA CÁMARA DE LA PROPIEDAD URBANA DE MADRID	

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
14/2005	27/01/2005	31/01/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE INTEGRA EL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD EN EL INSTITUTO MADRILEÑO DE LA SALUD, SE MODIFICA SU DENOMINACIÓN Y SE ESTABLECE SU RÉGIMEN JURÍDICO Y DE FUNCIONAMIENTO
15/2005	27/01/2005	02/02/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD Y CONSUMO
16/2005	27/01/2005	31/01/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD
25/2005	10/02/2005	17/02/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE CREA EL DELEGADO DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN LA FUNDACIÓN «JIMÉNEZ DÍAZ»
32/2005	03/03/2005	14/03/2005 Corrección de errores: 22/03/2005 y 31/03/2005	EMPLEO Y MUJER	SE APRUEBA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA BÁSICA DEL ORGANISMO AUTÓNOMO SERVICIO REGIONAL DE EMPLEO

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
33/2005	10/03/2005	21/03/2005	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGIC.	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL INSTITUTO MADRILEÑO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO RURAL, AGRARIO Y ALIMENTARIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
35/2005	10/03/2005	08/04/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE REGULAN LAS PRÁCTICAS DE TATUAJE, MICROPIGMENTACIÓN, PERFORACIÓN CUTÁNEA («PIERCING») U OTRAS SIMILARES DE ADORNO CORPORAL
36/2005	31/03/2005	15/04/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DEL JURADO DE LOS PREMIOS DE INVESTIGACIÓN EN PREVENCIÓN DE DROGODEPENDENCIAS DE LA AGENCIA ANTIDROGA

