



# Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

N.º 22  
Septiembre  
Diciembre  
2005



# Revista JURÍDICA *de la* **Comunidad de Madrid**

N.º 22 Septiembre-Diciembre

Año 2005

El Autogobierno de la Comunidad de Madrid y la andadura de su Asamblea Legislativa, por *Alfonso Arévalo Gutiérrez* y *Almudena Marazuela Bermejo*.

Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procedimiento Ordinario, Iniciación. Plazo y lugar de presentación del escrito, por *M.ª Isabel Cadenas García*.

Breve análisis de los Actos de Comunicación Judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, por *Alberto Serrano Patiño* y *Fernando González Nieto*.

Breve estudio en torno al Procedimiento Administrativo Sancionador y sus garantías, por *Victoria López Torralba*.

Procedimientos de Concesión de Subvenciones tras la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, por *Alejandra Frías López*.

El Patrimonio protegido del Discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada, por *Ana I. Berrocal Lanzarot*.

## Selección de Dictámenes

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid.  
Tercer y Cuarto trimestre 2005

121395

14 JUN. 2006



# REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº 22. Septiembre-Diciembre 2005

CONTENIDO

1. [Faded text]

2. [Faded text]

3. [Faded text]

4. [Faded text]

5. [Faded text]

6. [Faded text]

7. [Faded text]

8. [Faded text]

9. [Faded text]

10. [Faded text]

11. [Faded text]

12. [Faded text]

13. [Faded text]

14. [Faded text]

15. [Faded text]

16. [Faded text]

17. [Faded text]

18. [Faded text]

19. [Faded text]

20. [Faded text]

21. [Faded text]

22. [Faded text]

23. [Faded text]

24. [Faded text]

25. [Faded text]

26. [Faded text]

27. [Faded text]

28. [Faded text]

29. [Faded text]

30. [Faded text]

31. [Faded text]

32. [Faded text]

33. [Faded text]

34. [Faded text]

35. [Faded text]

36. [Faded text]

37. [Faded text]

38. [Faded text]

39. [Faded text]

40. [Faded text]

41. [Faded text]

42. [Faded text]

43. [Faded text]

44. [Faded text]

45. [Faded text]

46. [Faded text]

47. [Faded text]

48. [Faded text]

49. [Faded text]

50. [Faded text]

51. [Faded text]

52. [Faded text]

53. [Faded text]

54. [Faded text]

55. [Faded text]

56. [Faded text]

57. [Faded text]

58. [Faded text]

59. [Faded text]

60. [Faded text]

61. [Faded text]

62. [Faded text]

63. [Faded text]

64. [Faded text]

65. [Faded text]

66. [Faded text]

67. [Faded text]

68. [Faded text]

69. [Faded text]

70. [Faded text]

71. [Faded text]

72. [Faded text]

73. [Faded text]

74. [Faded text]

75. [Faded text]

76. [Faded text]

77. [Faded text]

78. [Faded text]

79. [Faded text]

80. [Faded text]

81. [Faded text]

82. [Faded text]

83. [Faded text]

84. [Faded text]

85. [Faded text]

86. [Faded text]

87. [Faded text]

88. [Faded text]

89. [Faded text]

90. [Faded text]

91. [Faded text]

92. [Faded text]

93. [Faded text]

94. [Faded text]

95. [Faded text]

96. [Faded text]

97. [Faded text]

98. [Faded text]

99. [Faded text]

100. [Faded text]

[Faded text at the bottom right of the page]

7810



1. JUN 2005

### NORMAS DE PUBLICACIÓN

Instituto de Estudios Jurídicos  
Departamento de Derecho Civil  
Calle de Velázquez, 117  
28002 Madrid, España  
Teléfono: 91 549 34 00  
Fax: 91 549 34 01  
Correo electrónico: [revista@iuj.madrid.es](mailto:revista@iuj.madrid.es)

# REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 22. Septiembre-Diciembre 2005

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán ser también publicados en cualquier otra publicación de la misma. Los que no se publiquen en la misma, serán considerados como no publicados.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no admite trabajos de carácter doctrinal, sino que se limitará a publicar trabajos de carácter práctico, de índole jurídica, que se refieran a la legislación, jurisprudencia, doctrina, etc. de la Comunidad de Madrid. Los trabajos de carácter práctico, de índole jurídica, que se refieran a la legislación, jurisprudencia, doctrina, etc. de la Comunidad de Madrid, deberán presentar el título del trabajo, la fección, dirección, NIE, número de artículos, etc.

Los trabajos de carácter práctico, de índole jurídica, que se refieran a la legislación, jurisprudencia, doctrina, etc. de la Comunidad de Madrid, deberán presentar el título del trabajo, la fección, dirección, NIE, número de artículos, etc.

Los autores de los trabajos publicados en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, no tendrán derecho a recibir ejemplares de la Revista, salvo que se establezca por la Dirección y el Consejo de Redacción.

Tienda: 780 (Madrid)  
Edición: 47/00  
I.S.B.N.: 1170-8811  
Depósito Legal: M.º 430 (1987)  
Impreso: B.C.C.M.

**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](http://www.madrid.org/revista_juridica)

**Y en Intranet**

[http://infomadrid/revista\\_juridica](http://infomadrid/revista_juridica)

Tirada: 750 ejemplares  
Edición: 05/06  
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.

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

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

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

**Selección de Dictámenes**

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Tercer y Cuarto trimestre 2005

**NORMAS DE PUBLICACIÓN**

Director General de la Secretaría de la Comunidad de Madrid  
C/Alcalá, 49. 28014 Madrid

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid. Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se consideran de dominio público y quedan a disposición de los interesados para su uso en cualquier forma que no implique un perjuicio para la Comunidad de Madrid.

**ÍNDICE**

<b>Estudios</b>	9
<i>El Autogobierno de la Comunidad de Madrid y la andadura de su Asamblea Legislativa</i> (Alfonso ARÉVALO GUTIERREZ y Almudena MARAZUELA BERMEJO) .....	11
<i>Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Procedimiento Ordinario, Iniciación. Plazo y lugar de presentación del escrito</i> (M.ª Isabel CADENAS GARCÍA) .....	77
<i>Breve análisis de los Actos de Comunicación Judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero</i> (Alberto SERRANO PATIÑO y Fernando GONZÁLEZ NIETO) .....	141
<i>Breve estudio en torno al Procedimiento Administrativo Sancionador y sus grantías</i> (Victoria LÓPEZ TORRALBA).....	181
<i>Procedimiento de Concesión de Subvenciones tras la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones</i> (Alejandra FRÍAS LÓPEZ) .....	245
<i>El Patrimonio protegido del Discapacitado en la nueva Ley 41/2003, de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada</i> (Ana I. BERROCAL LANZAROT).....	285
<b>Selección de Dictámenes</b> .....	357
<b>Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Tercer y Cuarto trimestre 2005</b> .....	381

0	Estudios
11	El autogobierno de la Comunidad de Madrid y la Asamblea Legislativa (Alfonso AREVALO GUTIERREZ y Almudena MARAZUELA BERMUDO)
17	Intervención Comunitaria Administrativa. Procedimiento Administrativo. Plazo y lugar de presentación del escrito (M. Isabel CADENAS GARCIA)
141	Actos emitidos de los ámbitos de Competencia Judicial en la Ley de Procedimiento Civil (Luis de 7 de junio) (Alfonso SERRANO PATINO y Fernando GONZALEZ NIETO)
181	Procedimiento de ejecución de sentencia administrativa. Sanciones y sus efectos (Cristina LOPEZ TORRALBA)
242	Procedimiento de ejecución de sentencia con la Ley 18/2003 de 17 de noviembre. Control de Subvenciones (Alicia FRAJ LÓPEZ)
284	El patrimonio protegido del discapacitado en la nueva Ley 41/2003 de 18 de noviembre. Una alternativa de financiación privada (Ana I. BERRIOCAL LAYANOT)
357	Selección de Dictámenes
381	Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Texto y Curso trimestral 2008

# EL AUTOGUBIERNODE LA COMUNIDAD DE MADRID Y LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

ALFONSO AREVALO GUTIERREZ

LEYENDA DELA ASAMBLEA DE MADRID Y SU ASAMBLEA LEGISLATIVA. SEMINARIO DE MADRID. CATEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ALMUDENA MARAZUELA BERMUDO

LEYENDA DELA ASAMBLEA DE MADRID Y SU ASAMBLEA LEGISLATIVA. SEMINARIO DE MADRID. CATEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

## ESTUDIOS

1.1. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.2. La información de la ciudadanía como aspecto esencial del modelo. 1.3. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.4. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.5. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.6. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.7. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.8. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.9. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.10. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.11. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.12. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.13. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.14. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.15. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.16. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.17. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.18. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.19. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.20. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.21. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.22. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.23. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.24. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.25. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.26. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.27. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.28. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.29. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.30. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.31. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.32. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.33. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.34. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.35. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.36. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.37. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.38. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.39. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.40. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.41. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.42. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.43. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.44. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.45. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.46. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.47. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.48. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.49. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.50. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.51. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.52. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.53. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.54. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.55. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.56. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.57. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.58. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.59. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.60. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.61. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.62. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.63. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.64. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.65. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.66. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.67. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.68. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.69. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.70. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.71. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.72. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.73. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.74. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.75. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.76. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.77. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.78. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.79. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.80. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.81. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.82. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.83. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.84. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.85. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.86. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.87. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.88. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.89. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.90. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.91. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.92. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.93. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.94. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.95. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.96. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.97. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.98. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.99. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 2.00. La descentralización política como modelo organizativo del Estado.

## 1. EL MODELO TERRITORIAL DEL ESTADO EN EL CONSTITUYENTE

1.1. La descentralización política como modelo organizativo del Estado. 1.2. La descentralización política como modelo organizativo del Estado.

Es cierto, y al mismo tiempo, que el modelo de descentralización política que se ha adoptado en el Estado español...

## EL AUTOGOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y LA ANDADURA DE SU ASAMBLEA LEGISLATIVA

POR

ALFONSO ARÉVALO GUTIÉRREZ

LETRADO DE LA ASAMBLEA DE MADRID Y PROFESOR ASOCIADO DE DERECHO  
ADMINISTRATIVO DE LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Y

ALMUDENA MARAZUELA BERMEJO

LETRADA DE LA ASAMBLEA DE MADRID Y PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

**SUMARIO:** 1. EL MODELO TERRITORIAL ECLÉCTICO DISEÑADO POR EL CONSTITUYENTE. 1.1. La descentralización política como anhelo organizativo común en la configuración territorial del Estado. 1.2. La afirmación de la «Región» como tercer nivel territorial europeo. 1.3. La decidida proclamación constitucional del principio de autonomía. 2. EL SINGULAR ACCESO A LA AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID; PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y DE APROBACIÓN DE SU ESTATUTO DE AUTONOMÍA. 2.1. El acceso de la provincia castellana de Madrid al autogobierno. 2.1.1. La ubicación de la provincia de Madrid en el mapa autonómico: las alternativas de la autonomía madrileña. 2.1.2. Madrid, Comunidad Autónoma uniprovincial. 2.2. El procedimiento de elaboración y de aprobación del Estatuto de Autonomía. 2.2.1. La Asamblea mixta de Diputados provinciales y parlamentarios de Madrid. 2.2.2. La tramitación del Proyecto en las Cortes Generales. 3. LA LEY ORGÁNICA 3/1983, DE 25 DE FEBRERO, DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, Y SUS REFORMAS. 3.1. Hecho diferencial, organización institucional y disolución de la Diputación Provincial de Madrid. 3.2. Las reformas de que ha sido objeto el Estatuto de Autonomía. 4. LA RECEPCIÓN DEL ESQUEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES BINARIO LEGISLATIVO-EJECUTIVO. 4.1. La generalización del esquema de separación de poderes binario Legislativo-Ejecutivo. 4.2. La recepción del modelo en la Comunidad de Madrid. 5. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID. 5.1. La estructura unicameral de la Asamblea. 5.2. La sede del Parlamento madrileño. 5.3. Los signos distintivos de la Asamblea: Escudo y Medalla. 5.4. El régimen electoral de la Comunidad de Madrid: sistema de fuentes. 6. LA ASAMBLEA TRANSCURRIDOS SUS PRIMEROS VEINTE AÑOS: ALGUNOS HITOS DE ESPECIAL RELEVANCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. 6.1. Primigenia constitución de la Asamblea. 6.2. La composición política de la Cámara. 6.3. La relevancia jurídico-constitucional de algunos fenómenos acaecidos en su andadura.

### 1. EL MODELO TERRITORIAL ECLÉCTICO DISEÑADO POR EL CONSTITUYENTE

#### 1.1. La descentralización política como anhelo organizativo común en la configuración territorial del Estado

Es cierto, o al menos se afirma con regularidad, que el tránsito de Siglo al que estamos asistiendo se caracteriza, en el ámbito europeo,



por un proceso de reformulación de la posición del «Estado», en cuanto expresión operativa de la unidad política, y, consecuentemente, por la redefinición del clásico concepto de «soberanía»<sup>1</sup>.

En efecto, de un lado, la obsolescencia del modelo del «Estado-nación» que nos legara el Siglo XIX, y, de otro, la insuficiencia de los entes locales para la planificación y gestión con eficacia y eficiencia de buena parte de los servicios propios de las sociedades postindustriales desarrolladas —por razones de economía de escala y con la excepción de las grandes concentraciones urbanas—, han comportado la idealización de la «descentralización política».

En este marco, la descentralización, expresión visible de un gobierno más cercano a los ciudadanos y de la proximidad de la gestión de los servicios que más afectan a sus intereses cotidianos, se ha convertido en un anhelo común en los países de nuestro entorno cultural, conscientes de la necesaria articulación de un nuevo punto de equilibrio organizativo en la configuración territorial del Estado. Sobre la veracidad de este aserto resulta suficiente remitirse al «Informe» realizado por el Comité Director de las Autoridades Locales y Regionales del Consejo de Europa<sup>2</sup>.

Y es que el simple ejercicio intelectual de no cerrar los ojos nos enseña que, a partir de la década de los setenta del Siglo que acabamos de cerrar, la dinámica europea se ha caracterizado por la búsqueda del referido nuevo punto de equilibrio organizativo territorial, alternativo al modelo del «Estado-nación» —cuyo arquetipo, sin duda

<sup>1</sup> Véase «*Les mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle*», colección *Sciences et techniques de la démocratie*, Estrasburgo, 1999, editado por el *Conseil de l'Europe* recogiendo las Ponencias presentadas al Coloquio celebrado en Nancy, Francia, durante los días 6, 7 y 8 de noviembre de 1997, organizado por la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, el *Institut de recherches sur l'évolution de la Nation et de l'Etat en Europe* y la Universidad de Nancy 2.

<sup>2</sup> Cfr. «*La regionalización y sus consecuencias sobre la autonomía local*», Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, donde se recoge el «Informe» comparado realizado por el Comité Director de las Autoridades Locales y Regionales (CDLR) del Consejo de Europa, elaborado con la colaboración del Profesor Gérard MARCOU. El Informe consta, en realidad, de dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas ofrece un análisis de lo que significa la «regionalización», contemplada en sentido amplio y flexible, a partir de nueve experiencias nacionales, muy diversas entre sí, desde las cuales se concluye que, con una perspectiva global europea, la principal argumentación actual en favor de la regionalización es la socioeconómica —aunque, desde luego, éste no es en absoluto el caso español—. La segunda parte del Informe recoge una descripción —elaborada por los autores que seguidamente se citan— de la situación hasta los años 1996 o 1997, según los países, de Francia (MARCOU), Alemania (KRELL), Hungría (SZABO), Polonia (NIEWIADOMSKI), Portugal (SANTOS), España (SAENZ DE BURUAGA), Suecia (OSTHOL), Suiza (BORSONI) y Reino Unido (STOKER). Al caso español se dedican las páginas 215 a 245. Se incorpora en la publicación un Anexo de «Actualización de la situación española», a finales del año 2000, elaborado por RODRÍGUEZ ALVAREZ, comprensivo de las páginas 329 a 341.

De especial interés resulta, asimismo, la obra colectiva, dirigida por APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel: «*La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Políti-*

alguna, ha sido Francia—, es decir, del Estado unitario clásico, donde el Poder es uno en su estructura, uno en su elemento humano y uno en sus límites territoriales<sup>3</sup>, de tal modo que, en su dinámica operativa, las entidades territoriales infraestatales asumen la subordinada posición de marco geográfico definido para la aplicación de la política de desarrollo territorial del Gobierno central.

Dicho punto de equilibrio, conforme ha acreditado la práctica comparada, ha de ubicarse entre dos ideas antagónicas. Las mismas concentran, de un lado, las seculares tendencias de integración —presentes desde el momento de gestación y consolidación del «Estado-nación» y auspiciadas, ahora, por el proceso comunitario europeo, sin que pueda desconocerse el impacto de la, tan traída y llevada, «globalización»<sup>4</sup>, determinada por el rol fáctico asumido por las multinacionales, la «mundialización» del mercado y los procesos migratorios—, y, de otro, las orientaciones disgregadoras —alentadas tanto por un impulso ideológico, cual es el resurgimiento de determinados «regionalismos» y «nacionalismos», como por una exigencia democrática, concretada en la vocación de acercar la Administración a los ciudadanos, confiriendo a éstos capacidad para decidir sobre el específico círculo de sus respectivos intereses—.

En todo caso, la equidistribución entre las dos grandes direcciones político-organizativas significadas, centrípeta y centrífuga, junto con la pretensión de la eficacia y eficiencia de la Administración en su servicio al ciudadano, han de tener como premisa un logro histórico y un valor irrenunciable: el indefectible principio de la «unidad de la estructura estatal» —de nuevo, quizás sea Francia el ejemplo más relevante, a partir de la afirmación del principio de «indivisibilidad de la República»<sup>5</sup>—. Dicho con otras palabras, la «pasión autonomista»

(España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido), Codex Editorial, S.L., Barcelona, 1999. En sus cinco primeros capítulos se analiza, sucesivamente, la situación en España (con dos trabajos, el primero de JARÍA I MANZANO, Jordi, y el segundo del director de la edición, APARICIO PÉREZ), en Bélgica (con aportaciones de PONS I PARERA, Eva, y de DELPERÉE, Francis), en Canadá (a cargo tanto de MITJANS, Esther, y CHACÓN, Carmen, como de WOEHLING, José), en Italia (con trabajos de CASTELLÁ ANDREU, Josep María, y de RUGGERI, Antonio) y en el Reino Unido (con aportaciones de OLIVERAS I JANÉ, Neus, y de BRIDGE, John). Se cierra el estudio con un Capítulo VI de «Conclusiones», elaborado por ARBÓS I MARÍN, Xavier y VERNET I LLOBET, Jaume.

<sup>3</sup> Respecto de la configuración del «Estado simple» o «Estado unitario», nos remitimos, por todos, a la sincrética y clásica exposición de PRÉLOT, Marcel: «*Institutions politiques et droit constitutionnel*», Dalloz, París, 1972, página 234.

<sup>4</sup> Vid. el planteamiento, sobre su significación constitucional e impacto en el proceso de transformación del Estado social, de MAESTRO BUELGA, Gonzalo: «*Globalización y Constitución débil*», en la *Revista de la UNED Teoría y Realidad Constitucional*, número 7, primer semestre 2001, páginas 137 a 172.

<sup>5</sup> La proclamación del referido principio de indivisibilidad impide el reconocimiento por el Legislador galo de «partes integrantes» en el seno del «pueblo francés», conforme, presupuesto el tenor del Preámbulo y del artículo 2 de la vigente Constitución, de 4 de octubre

no puede implicar, en modo alguno, la fragmentación del territorio nacional en microcosmos de poder, pues así lo imponen las exigencias inherentes a su propia viabilidad desde el punto de vista económico<sup>6</sup>.

Presupuesto lo anterior, la adecuada conciliación, en el marco de la unidad estatal, de las fuerzas centrípeta y centrífuga ha determinado que, paulatinamente, se haya ido abriendo paso la idea de la necesidad de articular un modelo híbrido en el que, dicho lisa y llanamente, han de reconocerse nuevos espacios tanto a los elementos «federales» como a los aspectos «supranacionales», cohesionándolos, con la consecuente exigencia de configurar una nueva estructura organizativa, basada en una diversidad de círculos concéntricos<sup>7</sup>.

En este novedoso escenario, la «Región», representante de «el alma y la cultura democrática de Europa en sus diversas manifestaciones»<sup>8</sup>, se configura como una suerte de tercer nivel territorial europeo. Su institucionalización está amparada tanto por el principio de subsidiariedad o descentralización en el ejercicio de las competencias, como por la pretensión de mitigar la diversidad económica generadora de desequilibrios regionales, consecuencia de la propia evolución económica y tecnológica, así como del impacto producido por la inmigración.

## 1.2. La afirmación de la «Región» como tercer nivel territorial europeo

La afirmación de la «Región» como tercer nivel territorial europeo ha tenido una notable proyección en los países de nuestro entorno

de 1958, declaró su Consejo Constitucional en la Decisión 91-290 DC, de 9 de mayo de 1991 —cfr. Considerandos 10 a 14—, a propósito de la Ley de 13 de mayo de 1991 por la que se aprobó el «Estatuto de la Colectividad Territorial de Córcega» —rechazando el reconocimiento de derechos subjetivos a una entidad, como lo habría sido el «pueblo corso» si el Juez constitucional hubiese aceptado esta terminología, porque ello sería contrario a la concepción del «pueblo francés», categoría unitaria que no conoce más que el universo de los ciudadanos que lo componen y no es susceptible de cualquier división en virtud de la ley—.

<sup>6</sup> Sirva remitir, en este orden de ideas, a la temprana y lúcida intuición, entre nosotros, del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo, en el «Estudio Preliminar» de la obra, por él dirigida, «La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española»; Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980. El meritado Estudio ha sido, posteriormente, recopilado por el citado autor en la Parte Tercera de su obra «Estudios sobre autonomías territoriales», Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1985, páginas 373 a 399.

<sup>7</sup> Aunque el punto de partida de su planteamiento radica en la pretensión de despolitizar la adopción de las decisiones —lo cual, inevitablemente, incide en su fundamento democrático y exigiría, en consecuencia, reflexionar sobre su legitimación—, resulta de interés la exposición de AMMANNATI, Laura: «Realtà e mito dell'Europa delle Regioni. Regioni e regionalismo nel contesto comunitario», en la obra colectiva, a cura de GROPI, Tania: «Principio di autonomia e forma dello Stato. La partecipazione delle collettività territoriali alle funzioni dello Stato centrale nella prospettiva comparata», Giappichelli Editore, Torino, 1998, especialmente página 223.

<sup>8</sup> Cfr. BERTI, Giorgio: «Regionalismo europeo nella prospettiva del Trattato di Maastricht», en *Le Regioni*, número 5, 1992, página 1.213.

cultural, tanto en su articulación interna como en su proyección comunitaria<sup>9</sup>.

De un lado, en efecto, la regionalización se ha concretado en manifestaciones de lo más diverso, tanto por lo que respecta a la posición constitucional de la «Región» como a su ámbito competencial.

Así, al margen del federalismo alemán —donde no se utiliza el término «Región», considerándose los *Länder* como «entidades regionales»— y no haciendo sino sincrética alusión a los supuestos que pueden resultar más relevantes para nosotros, puede citarse en primer lugar, por la escenificación del tránsito de un modelo unitario a otro descentralizado que protagoniza, el proceso de supresión de las tradicionales instituciones de la centralización administrativa operado en Francia<sup>10</sup>, cuya culminación se formalizó con la reforma de la Constitución operada por la *Loi constitutionnelle n.º 2003-276*, de 28 de marzo de 2003, relativa a la organización descentralizada de la República. Presupuesto el modelo galo, ocioso resultaría detenerse aquí en la consideración de la experiencia del proceso de regionalización en Italia a partir de las prescripciones constitucionales de 1947, culminado, primero, con la puesta en marcha desde 1970 de las regiones de estatuto común, y, posteriormente, con la «reforma constitucional del Estado regional» operada, de forma sucesiva, mediante la *Legge costituzionale* número 1, de 22 de noviembre de 1999, y la ulterior *Legge costituzionale* número 3, de 19 de octubre de 2001. En el mismo orden de ideas, por obvias razones —presididas por la contraposición entre dos comunidades principales: la flamenca y la francófona—, sin lugar a dudas singular ha sido la construcción de un nuevo edificio de organización territorial en Bélgica, un proceso que podría calificarse de «vertiginoso» y ha comportado la sustitución del Estado unitario que diseñara, en el momento de acceso a la independencia, el Constituyente de 1830, por otro de corte federal, afirmado en la reforma de 1993. En esta relación ejemplificativa, por último, no puede dejar de mencionarse la peculiar situación del Reino Unido, un tradicional —pero atípico— «Estado» unitario fuertemente centralizado que, en realidad, está conformado por cuatro «entidades territoriales» distintas que se unieron en el pasado, de las cuales tres forman la Gran Bre-

<sup>9</sup> Nos remitimos a un trabajo anterior de ARÉVALO GUTIÉRREZ, Alfonso: «Regionalización y conformación del Estado Autonómico», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 8, junio 2003, páginas 19 a 116.

<sup>10</sup> Al respecto, el Informe de la situación francesa elaborado por MARCOU para el CDRL, en «La regionalización y sus consecuencias sobre la autonomía local», op. cit., páginas 97 a 128. Asimismo, PHILIP, Lotte, en «La place des collectivités locales dans la Constitution de 1958», página elaborada para Internet por el *Conseil Constitutionnel* bajo la rúbrica «La Constitution de 1958 en 20 questions»; Cfr., «www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/index.htm».

taña —*England, Scotland y Wales*—, siendo la cuarta componente del sistema *Northern Ireland*. No podemos aquí detenernos en su evolución, limitándonos a destacar la descentralización operada vía «*devolution of powers*» a las asambleas regionales de Escocia y el País de Gales, al margen del inconcluso proceso, colmado de avatares y quebrantos, de devolución de la autonomía a Irlanda del Norte.

De forma paralela a su evolución en el ámbito interno de los distintos Estados, la *vis atractiva* del fenómeno de la regionalización ha planteado, en el marco comunitario, su contemporaneidad con el proceso de integración europea<sup>11</sup>.

Es cierto que, en un plano estrictamente teórico, se trata de realidades antagónicas. No menos cierto es, sin embargo, que como quiera que la diversidad histórica, cultural y social entre sus regiones constituye uno de los muchos valores políticos de Europa, no puede ignorarse que no han faltado quienes, incluso, los consideran expresión de un mismo y único fenómeno<sup>12</sup>. Es más, la regionalización es expresión inequívoca de una legitimidad sin la cual el déficit democrático del proceso de unificación podría ver lastrado su desarrollo; así lo acredita el hecho de que la hoy Unión Europea, ponderando los procesos de descentralización desarrollados en el seno de los Estados miembros, ha asumido como política específica propia la denominada «Política regional»<sup>13</sup>. Es preciso advertir, empero, que sólo a partir del Acta Única Europea la Política regional comunitaria superó el

<sup>11</sup> Sobre la evolución de las relaciones entre la Comunidad, hoy Unión Europea, y las regiones, *vid.* la sincrética exposición de quien, en el momento de su elaboración, era Presidente del Parlamento Europeo. *Cfr.* GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO, José María: «La construcción comunitaria y las Regiones», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, número 6, 1998, páginas 43 a 54.

<sup>12</sup> En esta línea de pensamiento, nos remitimos a la obra de MAMMARELLA, Giuseppe, y CACACE, Paolo: «*Le sfide dell'Europa. Attualità e prospettive dell'integrazione*», Editori Laterza, Roma-Bari, 1999.

Asimismo, fructífera resulta la consulta de un trabajo, ya clásico, de CONSTANTINESCO, Vlad: «*Comunidades Europeas, Estados, Regiones: el impacto de las estructuras descentralizadas o federales del Estado en la construcción comunitaria*», en *Revista de Instituciones Europeas*, número 1, volumen 16, 1989, página 12, quien concluye la necesidad del «replanteamiento del Estado soberano en tanto que forma definitiva de la unidad política».

Entre nosotros, *vid.* el sugerente planteamiento de PAREJO ALFONSO, Luciano: «*La participación de las Comunidades Autónomas en el proceso de adopción de decisión de la Unión Europea*», en el colectivo «*La acción exterior y comunitaria de los Länder, Regiones, Cantones y Comunidades Autónomas*», volumen I, Instituto Vasco de Administración Pública, Vitoria, 1994, páginas 67 y siguientes. El profesor de la Carlos III postula la necesidad de articular el Estado a partir de ambos procesos —regionalización y unificación europea—, de donde colige la necesidad de considerar tres niveles: el europeo, el estatal y el autonómico. Concluye PAREJO ALFONSO afirmando que el problema no es el reparto de competencias, sino el diseño de un sistema en el que el Estado y las Comunidades Autónomas tengan claro su papel respectivo y sus responsabilidades.

<sup>13</sup> Sobre el particular, *vid.* con carácter introductorio, la sincrética exposición de Díez MORENO, Fernando: «*Manual de Derecho de la Unión Europea*», Editorial Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001, páginas 627 a 637.

marco economicista de los desequilibrios regionales y comenzó a configurarse como el reconocimiento del protagonismo político y administrativo de los entes territoriales<sup>14</sup>.

### 1.3. La decidida proclamación constitucional del principio de autonomía

En el contexto europeo que, de forma sincrética, se ha expuesto, frente al sistema unitario y centralista, rigidamente uniforme, imperante durante el régimen del General FRANCO, la decidida afirmación constitucional del principio de autonomía<sup>15</sup> ha determinado un giro radical en la contemplación de la *vexata* «cuestión territorial» en España<sup>16</sup>; esto es, en palabras de LEGUINA VILLA, «un pleito secular

<sup>14</sup> Al respecto, el interesante trabajo de ROSADO IGLESIAS, Gema: «*La proyección europea de las entidades territoriales subestatales*», en *Cuadernos de Derecho Público*, número 9, enero-abril 2000, páginas 151 a 196.

<sup>15</sup> Sobre el particular, nos remitimos a trabajos anteriores. Véanse, MARAZUELA BERMEJO, Almudena: «*El principio de autonomía local en el ordenamiento español*», en la obra colectiva, dirigida por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, «*La Administración pública española*», editada por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, junio 2002, páginas 341 a 393; AREVALO GUTIÉRREZ: «*Las relaciones entre la Administración estatal, autonómica y local en el marco constitucional*», en la obra colectiva que acaba de ser citada, páginas 435 a 506; AREVALO GUTIÉRREZ: «*Regionalización y conformación del Estado Autonómico*», *op. cit.*; MARAZUELA BERMEJO: «*El principio de autonomía local en el Constitucionalismo español*», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 8, junio 2003, páginas 215 a 276; AREVALO GUTIÉRREZ: «*El sistema interrelacional de las Administraciones Territoriales*», en *Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, número 9, diciembre 2003, páginas 49 a 148; y MARAZUELA BERMEJO y AREVALO GUTIÉRREZ: «*Los procedimientos de constitución de las Comunidades Autónomas*», publicado como Lección Tercera del Capítulo II de la obra colectiva, dirigida por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y GARCÍA MEXÍA, Pablo, «*Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*», editada por el Instituto Nacional de Administración Pública y Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 2003, páginas 161 a 226.

<sup>16</sup> La tensión entre el centro y la periferia en que se ha plasmado la cuestión territorial ha sido objeto de innumerables análisis. De la extensa, y plural, bibliografía, nos remitimos, por todos, al estudio de BENEYTO, Juan: «*España, meseta y litoral*», Mezquita, Madrid, 1983; así como a la aportación de LINZ, Juan J.: «*Crisis de un Estado Unitario: Nacionalismos Periféricos y Regionalismo*», en la obra colectiva «*La España de las Autonomías. Pasado, presente y futuro*», Espasa Calpe, Madrid, 1981, volumen II, páginas 651 a 752; del mismo existe una segunda versión puesta al día, publicada con el título «*De la crisis de un Estado unitario al Estado de las Autonomías*», en el colectivo, coordinado por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: «*La España de las Autonomías*», Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, páginas 527 a 672. En las dos obras colectivas que acaban de citarse se recogen, asimismo, dos versiones de un trabajo de OLÁBARRI GORTAZAR, Ignacio, con una interesante exposición e interpretación histórica de los hechos: de un lado, «*La cuestión regional en España, 1808-1939*», en «*La España de las Autonomías. Pasado, presente y futuro*», volumen I, páginas 111 a 199, y «*Un conflicto entre nacionalismos: la cuestión regional en España, 1808-1939*», en «*La España de las Autonomías*», páginas 69 a 147.

Desde la perspectiva de la «*Geohistoria*», fructífera resulta la consulta de GARCÍA ALVAREZ, Jacobo: «*Provincias, Regiones y Comunidades Autónomas. La formación del mapa político en España*», en la colección Temas del Senado, Madrid, 2002.

«permanentemente mal resuelto», que ha ido decantando, generación tras generación, ideas, sentimientos y actitudes políticas muy distintas, y aún violentamente encontradas, sobre el modo de concebir el Estado y de articular en éste la convivencia de los distintos pueblos y comunidades nacionales que integran España<sup>17</sup>.

La determinación del Constituyente fue hasta tal punto trascendente que puede afirmarse que si la libertad de expresión fue el eje central del proceso constituyente en las Cortes gaditanas, si la libertad religiosa centró el debate constitucional de 1869 y de 1876, o si la forma de gobierno sintetizó las posiciones representadas en las Cortes de las que emanó la Constitución de la II República, la «decisión política fundamental» de la Constitución de 1978 no es otra que la organización interna del Estado español<sup>18</sup>.

Así es, centrado el debate constituyente en el diseño de la forma de organización territorial del Estado, y con el telón de fondo de una pluralidad de concepciones cuya abigarrada diversidad determinó la imposibilidad de alcanzar un acuerdo general de principio, la Constitución de 1978 procedió, sin ambages, a la afirmación de la distribución territorial del poder político y al consecuente establecimiento de un modelo organizativo plural y descentralizado, articulado en torno a lo que ha convenido en denominarse la «cláusula del Estado autonómico»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. LEGUINA VILLA, Jesús: «Las Comunidades Autónomas», en PREDIERI, Alberto, y GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución española de 1978. Estudio sistemático», 2ª reimpresión, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1984, páginas 771 a 828. La cita se toma de sus páginas 771 y 772.

<sup>18</sup> La consideración del proceso de homogeneización de la Constitución de 1978, a partir del análisis del debate parlamentario, es decir, explicando «la Constitución por boca de quienes la hicieron», ha sido perfectamente diseccionada por GARCÍA ESCUDERO, José María, y GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción: «La Constitución día a día. Los grandes temas de la Constitución de 1978 en el debate parlamentario», Congreso de los Diputados, Madrid, 1998, concretamente en sus capítulos 8, 9, 10, 11 y 12, páginas 63 a 110.

<sup>19</sup> Al respecto, resulta de utilidad el análisis del debate general de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados realizado por JARJA I MANZANO: «La forma del Estado en los debates constituyentes», en «La Descentralización y el Federalismo. Nuevos modelos de Autonomía Política (España, Bélgica, Canadá, Italia y Reino Unido)», op. cit., páginas 13 a 28. A su juicio —cfr. página 13— resulta paradójica «la divergencia que se da entre el interés que despierta la cuestión entre los constituyentes, que, desde luego, no eluden el pronunciarse sobre ella a lo largo del proceso, y la ambigüedad y, en ocasiones, el silencio de la Constitución en este punto»; paradoja que parece encontrar su explicación porque —cfr. página 23— «las diversas estrategias de las fuerzas políticas en el curso del proceso constituyente junto con la incapacidad de llegar a un acuerdo en abstracto sobre una cuestión en que los puntos de vista aparecen muy fraccionados conducen a la solución que acabará dando el texto constitucional, una solución que recoge la pluralidad, pero que la dibuja con contornos imprecisos».

<sup>20</sup> Sobre la fórmula territorial adoptada por el Constituyente existe, como es sabido, una ingente bibliografía. Ineludible resulta referirse a la pionera y capital aportación de MUÑOZ MACHADO, Santiago: «Derecho público de las Comunidades Autónomas», Editorial Civitas, S.A., 2 volúmenes, Madrid, 1982 y 1984. Al margen de la anterior, por todos, nos

El presupuesto del modelo constitucional radica en la proclamación que su artículo 2 realiza de la «indisoluble unidad de la nación española», afirmando el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la indefectible solidaridad entre todas ellas.

La capital prescripción del Título Preliminar encuentra su concreción operativa en la disciplina del Título VIII —«De la organización territorial del Estado», artículos 137 a 158—, cuyo artículo 137 proclama que «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.».

El modelo de organización territorial así pergeñado responde a una configuración ecléctica, expresión de un complejo proceso de descentralización política, presentando en su concreta articulación una notable dosis de originalidad, por cuanto se fundamenta en una innovadora distribución del poder político entre el centro y la periferia —irreductible, en puridad de conceptos, a la tipología que ofrece el Derecho comparado—, ubicándose, cuando menos en el plano dogmático, en un lugar intermedio y equidistante entre los modelos del Estado federal y del Estado regional, con el reconocimiento a los entes territoriales —en potencia— de un significativo *quantum* de autonomía para la gestión de sus intereses específicos.

El significado del modelo es inequívoco: operar la distribución del poder público entre el centro y la periferia y proceder a su democratización, acercando la Administración a los ciudadanos. Con dicho objeto, la Norma Fundamental configura un sistema de poderes públicos, en plural; sistema que se corresponde con el carácter pluralista y policéntrico que posee nuestro régimen constitucional. Dicho sistema se estructura sobre la base de tres niveles territoriales básicos —el estatal; el autonómico; y el local, conformado éste por la Provincia, en su caso la Isla, y el Municipio—, cada uno de los cuales posee su respectivo aparato servicial, es decir, su estructura instrumental administrativa, distinta y separada, dotada de personalidad jurídica

remitimos a cinco obras de conjunto más recientes, distintas y de excelente calidad: AJA FERNÁNDEZ, Eliseo: «El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales», Alianza editorial, 2ª edición, Madrid, 2003; GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro José, y NÚÑEZ RIVERO, Cayetano: «El Estado Autonómico. Principios, organización y competencias», Universitas, Madrid, 1998; PAU I VALL, Francesc (Coordinador): «El futuro del Estado Autonómico», VII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Navarra, 2001; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ y GARCÍA MEXÍA (Directores): «Curso de Derecho público de las Comunidades Autónomas», op. cit.; y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José: «Las bases constitucionales del Estado autonómico», McGraw-Hill, Madrid, 1998.

propia —Administración del Estado, Administración de la Comunidad Autónoma; y Administración Local, articulada sobre la base de las Diputaciones Provinciales, en su caso los Cabildos o Consejos insulares, y el Ayuntamiento—.

Desde estas premisas, no puede obviarse que la forma territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución está presidida por su flexibilidad<sup>20</sup>, la afirmación del principio dispositivo y la ausencia de definición de un concreto y previo mapa autonómico.

Lo singular del modelo, en efecto, es que se caracteriza por su ductilidad, radicando el elemento fundamental de su configuración en la apertura y flexibilidad del diseño; dicho con otras palabras, el Constituyente se limitó a concretar dos afirmaciones básicas sobre la forma territorial del Estado: primera, que España dejaba de ser un Estado unitario y centralista, rigidamente uniforme; segunda, que la concreta articulación territorial sería objeto de concreción una vez promulgada la Constitución, esto es, en el desarrollo aplicativo de sus prescripciones por la dinámica de las distintas fuerzas políticas —habida cuenta que, en mérito del principio dispositivo, la autonomía se configuraba como un derecho, remitiendo la concreta articulación territorial al libre ejercicio del mismo por las distintas «nacionalidades y regiones»—. En las gráficas palabras de TORRES MURO, la articulación constitucional era «poco más que una enorme disposición transitoria que debía ser llenada de contenido a medida que se fueran cumpliendo sus previsiones»<sup>21</sup>. El Constituyente, en efecto, dejó abierta la puerta a la dinámica coyuntural de las circunstancias, remitiendo la concreción del modelo real a un momento posterior a su entrada en vigor.

Con estos mimbres —aunque no podemos detenernos en el proceso de conformación del Estado autonómico que ha decantado la diná-

<sup>20</sup> Sigue resultando ineludible la consulta de CRUZ VILLALÓN, Pedro: «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número 4, monográfico, 1981, páginas 53 a 63.

<sup>21</sup> Cfr. TORRES MURO, Ignacio: «Los Estatutos de Autonomía», coeditada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, página 18.

En este sentido, *vid.* el planteamiento del Magistrado del Tribunal Constitucional D. Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA en el voto particular formulado a la Sentencia 118/1996, precedente inmediato de la capital Sentencia 61/1997, de 20 de marzo. El núcleo de la argumentación discrepante radica en los «efectos constituyentes» que a su juicio tiene la resolución del Tribunal, de la que se colige que, en efecto, el Título VIII no es, técnicamente, otra cosa que una Disposición Transitoria y, al tiempo, pone en evidencia que el Pleno del Tribunal parece dispuesto a aplicarse a la tarea de concluir lo que el constituyente sólo pudo dejar apuntado; y aplicarse, quizás, más allá de lo que le es posible a un poder constituido. Respecto de esta cuestión resultan de interés las consideraciones, sobre los «efectos constituyentes» que la posición del Tribunal plantea, de REQUEJO PAGÉS, Juan Luis: «El Estado autonómico: ¿Un modelo transitorio? La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal en la STC 61/1997», en Cuadernos de Derecho Público, número 1, mayo-agosto 1997, páginas 157 a 169.

mica política<sup>22</sup>, así como tampoco en el marco interrelacional de las distintas Administraciones territoriales que coexisten en el Estado español con capacidad de gestionar sus respectivos intereses<sup>23</sup>—, ha de destacarse que la puesta en práctica del modelo constitucional ha comportado la división de todo el territorio del Reino de España en Comunidades Autónomas, diecisiete, que vienen a reflejar desde rasgos históricos y culturales individualizadores propios, como es el caso de las denominadas «Comunidades históricas», a exigencias funcionales que exigen un tratamiento específico, caso de la Comunidad de Madrid, a las que han de sumarse, con su singularidad propia, Ceuta y Melilla como «Ciudades autónomas».

No puede concluirse esta sumaria exposición del modelo constitucional sin destacar la homogeneidad de la naturaleza de las distintas Comunidades finalmente establecidas, sin perjuicio de la vía de acceso y de su nivel competencial —sucesivamente ampliado en virtud de los «Pactos autonómicos» de 1992 y de 1996—, esto es, de lo que se ha denominado el ritmo o velocidad de acceso a la autonomía. En efecto, conforme tuviera ocasión de afirmar lapidariamente el Tribunal Constitucional en su Sentencia 16/1984, de 6 de febrero, respecto del singular supuesto de Navarra —rechazando su pretendido carácter «paccionado»—, el hecho de que el acceso a su actual régimen autonómico se haya llevado a cabo por una vía peculiar y de que la denominación utilizada para referirse a la entidad autonómica por ella regulada sea la de Comunidad Foral y no la de Comunidad Autónoma, no supone que no le sean aplicables esas disposiciones constitucionales, o que quede al margen de ellas. La Constitución, en efecto, emplea el término genérico de «Comunidades Autónomas», sin distinguir entre las diversas vías seguidas para acceder a la autonomía o las diversas denominaciones que hayan adoptado para referirse a las entidades territoriales que resultan de la aplicación del principio de autonomía de nacionalidades y regiones<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Nos remitimos a un trabajo anterior, ya citado: ARÉVALO GUTIÉRREZ, «Regionalización y conformación del Estado Autonómico», en cuyas páginas 79 a 116 se analiza detalladamente la secuencia del proceso constitutivo de las Comunidades Autónomas, materializado entre el 18 de diciembre de 1979, fecha de la aprobación de los Estatutos vasco y catalán, y el 25 de febrero de 1983, fecha en la que vieron la luz los Estatutos de Extremadura, Islas Baleares, Comunidad de Madrid y Castilla y León, debiendo esperarse a 1995 para que el mapa territorial quedara definitivamente conformado, con la constitución de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

En este sentido, véase la sugerente aportación de AJA FERNÁNDEZ y VIVER PI-SUNYER: «Valoración de 25 años de autonomía», *op. cit.*

<sup>23</sup> Asimismo, nos permitimos remitir a un estudio anterior: ARÉVALO GUTIÉRREZ, «El sistema interrelacional de las Administraciones Territoriales», *op. cit.*

<sup>24</sup> Presupuesto lo afirmado, cuestión trascendental, en la que no podemos detenernos, es la de la delimitación de la naturaleza jurídica del Estado autonómico. Al respecto, por todos, nos remitimos a la sincrética y lúcida disección realizada por SANTAMARÍA PAS-

## 2. EL SINGULAR ACCESO A LA AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID; PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y DE APROBACIÓN DE SU ESTATUTO DE AUTONOMÍA

### 2.1. El acceso de la provincia castellana de Madrid al autogobierno

El carácter pretendidamente ambiguo y flexible de la disciplina constitucional, tributario del referido principio dispositivo que preside el diseño de la organización territorial del Estado, tiene una de sus principales manifestaciones en la articulación de las vías de configuración de las Comunidades Autónomas que efectúa la *Norma normarum* —dedicando a la iniciativa del proceso autonómico, además del artículo 143, los artículos 144 y 151.1, la Disposición Adicional Primera y las disposiciones transitorias Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta y Séptima—.

Sin poder detenernos aquí en su detalle<sup>25</sup>, ha de destacarse que la Constitución estableció, en su artículo 144, tres procedimientos singulares de acceso a la autonomía, en virtud de los cuales las Cortes Generales resultaron habilitadas, «por motivos de interés nacional», para proceder a autorizar su atribución a determinados territorios mediante ley orgánica.

En concreto, a nuestros efectos, la cláusula de cierre contenida en el artículo 144.a) de la *Lex superior* estableció la posibilidad de «Autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del artículo 143.»

La reproducida prescripción constitucional tenía por objeto hacer viable la constitución de Comunidades Autónomas uniprovinciales, resultando especialmente apropiada para ubicar la provincia de Madrid en el mapa autonómico, tal y como —atendiendo a la lógica estatal de extender sin excepción el proceso autonómico de manera homogénea a todo el territorio nacional— se resolvió en los Pactos Autonómicos firmados en 1981 por las dos fuerzas políticas mayori-

TOR, Juan Alfonso: «La naturaleza jurídica del Estado autonómico», Lección Primera del Capítulo II de la obra colectiva, anteriormente citada, «Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas», páginas 135 a 148.

<sup>25</sup> Cfr. MARAZUELA BERMEJO y ARÉVALO GUTIÉRREZ: «Los procedimientos de constitución de las Comunidades Autónomas», *op. cit.*, páginas 161 a 226, con la bibliografía allí citada, a la que nos remitimos.

tarias, Unión del Centro Democrático y Partido Socialista Obrero Español<sup>26</sup>.

#### 2.1.1. La ubicación de la provincia de Madrid en el mapa autonómico: las alternativas de la autonomía madrileña

El acceso al autogobierno de la Comunidad de Madrid no estuvo, sin embargo, exento de avatares. Fueron tres, en efecto, las soluciones alternativas que se barajaron para dar respuesta a la autonomía madrileña<sup>27</sup>.

1ª) La primera, que sin duda fue la menos tenida en cuenta, consistía en conceder un estatuto especial para «Madrid-Área Metropolitana», distribuyendo el resto de los municipios de la provincia entre las Comunidades Autónomas limítrofes de Castilla-La Mancha y de Castilla y León.

La cuestión fue abordada ya durante el proceso constituyente, en relación con el artículo 5 del Texto Constitucional —«La capital del Estado es la villa de Madrid.»—, pues hubo quien apoyó que en el mismo se hiciera una mención expresa a un estatuto especial de capitalidad<sup>28</sup>.

La propuesta, a semejanza, por ejemplo, de México D.F. o de Washington D.C., tenía por objeto crear una suerte de «Madrid Distrito

<sup>26</sup> A esta cuestión se ha referido con anterioridad uno de nosotros; *vid.*, ARÉVALO GUTIÉRREZ: «La consolidación institucional de la Asamblea de Madrid como Parlamento Autonómico (1983-2002)», en el número Especial Monográfico que Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, editó en abril de 2003 con el título: «La Asamblea de Madrid: dos décadas de Parlamento Autonómico», específicamente páginas 414 a 418; *Idem.*, «Regionalización y conformación del Estado Autonómico», *op. cit.*, páginas 96 a 99.

<sup>27</sup> Sobre el particular sigue resultando inexcusable la temprana aportación de PIÑAR MAÑAS, José Luis: «Madrid y su encuadre en el "Estado de las Autonomías"», en la obra colectiva de ALONSO GARCÍA, Enrique; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio; PIÑAR MAÑAS, y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; dirigida por GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, «Madrid, Comunidad Autónoma Metropolitana», Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1983, páginas 21 a 29.

<sup>28</sup> En este sentido, conforme nos narra ENTRENA CUESTA, Rafael, a partir del debate reproducido en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* número 67, de 16 de mayo de 1978, fue FRAGA IRIBARNE quien «defendió la conveniencia de que se otorgase a Madrid un estatuto especial de capitalidad, para que se siga una costumbre internacional y para soslayar los problemas que podrían plantearse a la hora de organizar lo que haya de ser la región de Castilla la Vieja o Castilla la Nueva o lo que en su momento se proponga». La enmienda —originariamente firmada por el Señor CARRO—, sin embargo, fue rechazada, pero más que por una negativa al reconocimiento de un estatuto especial de capitalidad, por entender que su aceptación dejaría cerrado el debate en relación con otras posibilidades —PECES-BARBA MARTÍNEZ— o que ésta no es materia propia de una Constitución —SOLÉ TURA—. Cfr. «Comentarios a la Constitución» dirigidos por GARRIDO FALLA, Fernando, 3ª edición, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, página 89.

Sobre el particular, asimismo, LUCAS VERDÚ, Pablo: «Artículo 5. La capitalidad», en los «Comentarios a la Constitución Española de 1978» dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, Tomo I, 1996, páginas 297 a 300.

Federal», confiriendo a la villa de Madrid un régimen particular, derivado del hecho de ser la capital del Estado<sup>29</sup>.

2ª) La segunda fue la inclusión de la provincia de Madrid en el seno de alguna de las Comunidades castellanas en proceso de gestación.

Desechada la incorporación al proceso preautonómico de Castilla y León prácticamente de forma paralela a su planteamiento, la opción se centró en la Comunidad de Castilla-La Mancha. Es más, en este sentido se decantaron inicialmente la práctica totalidad de los representantes parlamentarios de Madrid. Tal es así, que el Real Decreto-ley 32/1978, de 31 de octubre, por el que se disponía la constitución del régimen preautonómico para la región castellano-manchega<sup>30</sup>, estableció, en el apartado 1 de su Disposición Adicional, que «*La provincia de Madrid, previo acuerdo de la mayoría de sus parlamentarios con la Junta de Comunidades, podrá ulteriormente incorporarse a la región castellano-manchega en condiciones de absoluta igualdad con las demás provincias. Se faculta al Gobierno para adaptar el presente Real Decreto-ley a la nueva situación que se produzca*». Ciertamente es, no obstante, que el propio Preámbulo reconocía, para evitar malas conclusiones precipitadas, que «*La referencia a la provincia de Madrid que en el Real Decreto-Ley se contiene, en modo alguno predetermina su incorporación a ésta u otra entidad territorial. El carácter específico que le confiere el ser la capital del Estado, su especial dimensión sociológica, política y económica han aconsejado arbitrar la posibilidad de su integración futura, en igualdad de derechos con las restantes provincias, en la Junta de Comunidades*».

El ulterior proceso se desarrollaría, sin embargo, a partir de la idea de que la integración no se produjera en régimen de absoluta igual-

<sup>29</sup> Los inconvenientes de la institucionalización de un «Madrid Distrito Federal», puestos ya de relieve en su día por PINAR MAÑAS, *op. cit.*, página 24, han sido destacados posteriormente por GONZÁLEZ-TREVILJANO SÁNCHEZ: «*El territorio y la organización territorial de la Comunidad de Madrid*», Capítulo 4 de la obra colectiva, anteriormente citada, «*Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*», página 83; del citado trabajo su autor publicó una versión posterior, «*acomodación a la nueva realidad del elemento territorial en las Comunidades Autónomas*», recogida como Capítulo V, «*El territorio y la organización territorial de la Comunidad de Madrid*», en la obra colectiva, también citada, «*El Derecho Público de la Comunidad de Madrid: la problemática de la configuración de Madrid como Distrito Federal*» se analiza en sus páginas 147 y 148.

Opinión distinta mantiene ENTRENA CUESTA: «*resulta altamente aconsejable, como enseña el Derecho comparado y se subrayó en los debates constitucionales desde muy diversas tendencias, la atribución de un estatuto especial de capitalidad que permita abordar los complejos problemas políticos, económicos, culturales y sociales propios de toda gran ciudad y potenciados cuanto ésta es capital del Estado*». *Cfr.*, *op. cit.*, página 90.

<sup>30</sup> Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 273, de 15 de noviembre de 1978. Las prescripciones del meritado Real Decreto-ley 32/1978 serían complementadas por el Real Decreto 2.692/1978, de 31 de octubre, publicado en el propio *Boletín Oficial del Estado* número 273.

dad, sino conservando un cierto grado de autogobierno para Madrid, derivado de la existencia del Área Metropolitana y de su condición de capital del Estado, al margen de un régimen fiscal específico.

El lógico rechazo que mostraron los representantes castellano-manchegos, ante el temor de quedar anulados o fagocitados por el incontestable peso de Madrid, comportó desechar categóricamente esta posibilidad, dejándose expedito el camino para —en palabras de quien fuera Presidente de la Asamblea de Diputados provinciales y parlamentarios de Madrid— «el acuerdo de la Diputación Provincial de convertir la provincia en región, a modo de amistosa secesión de la vieja Castilla la Nueva (desplazada hacia el sureste con la inclusión total de La Mancha y las provincias de Guadalajara y la totalidad de Albacete, en suma)»<sup>31</sup>.

3ª) Finalmente, las singularidades socio-económicas concurrentes —entre ellas la de contar, en el momento aquí considerado, con una población cercana al 12 por ciento del total de la Nación, así como tener un producto bruto de prácticamente el 25 por ciento del global de España— y el hecho de ostentar la villa de Madrid, a tenor del artículo 5 de la Constitución, la condición de capital del Estado, determinaron que se abriera paso, como solución de compromiso para completar el mapa autonómico, la idea de constituir Madrid en «Comunidad Autónoma uniprovincial», accediendo al autogobierno sin el establecimiento de un régimen previo de preautonomía; modelo que se toma de los arquetipos de La Rioja y Cantabria.

### 2.1.2. Madrid, Comunidad Autónoma uniprovincial

El proceso autonómico uniprovincial de la, hasta entonces, provincia castellano-manchega de Madrid se decidió en la sesión extraordinaria del Pleno de la Diputación Provincial celebrada, con fecha de 25 de junio de 1981, en el Castillo de Los Mendoza de Manzanares el Real.

En la referida sesión, con asistencia de los Diputados y Senadores elegidos por la provincia de Madrid al Congreso de los Diputados y al Senado, se alcanzaron dos conclusiones concatenadas y esenciales: el marco territorial y el procedimiento de acceso al autogobierno. De un lado, en efecto, se fijaron los límites territoriales de la provincia de Madrid como territorio de la futura Comunidad Autónoma. De otro, admitida la imposible alegación de un Madrid con «entidad regional

<sup>31</sup> *Cfr.*, PRAT GARCÍA, José Diosdado: «Prólogo» al volumen «*Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*», Colección Trabajos Parlamentarios, número 1, editado por la Asamblea de Madrid, Madrid, 1988, página 11.

histórica», resultaba imprescindible acudir a una vía complementaria de acceso al autogobierno, optándose por el *iter* acuñado por el artículo 144.a) de la Norma Fundamental, en virtud del cual, conforme ya se ha destacado, se habilita a las Cortes Generales, mediante ley orgánica y por motivos de interés nacional, a autorizar la constitución de una Comunidad Autónoma de ámbito provincial cuando la o las entidades solicitantes no reunieran las condiciones del apartado 1 del artículo 143.<sup>32</sup>

Convenido este camino por la Diputación Provincial<sup>33</sup>, el siguiente día 26 fue transmitido a la Presidencia del Congreso de los Diputados, solicitando de las Cortes Generales la tramitación urgente de una ley orgánica de autorización fundacional.

El acuerdo de la Corporación local, sin embargo —*ex* artículo 143.2<sup>34</sup>—, exigía el pronunciamiento favorable a la autonomía por parte de, al menos, dos tercios de los municipios provinciales. El requisito se cumplimentó, definitivamente, el 25 de diciembre de 1981, con unos resultados a favor de la autonomía muy elevados. Así es, las manifestaciones de voluntad que se registraron en los distintos Ayuntamientos al considerar la iniciativa no ofrecen duda alguna: prácticamente un 80 por ciento de los 179 municipios con que contaba la provincia de Madrid votaron a favor del acceso a la autonomía; pero, además, el apoyo a la propuesta era sustancialmente superior, pues esos municipios agrupaban una población cifrada en torno al 98 por ciento del total del censo electoral.

El tercer paso hacia la autonomía se daba, firmemente, al formalizarse en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley Orgánica por la que se autoriza la constitución de la Comunidad Autónoma de Madrid, firmada, con fecha de 17 de febrero de 1982, por los Grupos

<sup>32</sup> La literalidad del artículo 143.1 de la Constitución preceptúa: «En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.»

<sup>33</sup> No faltaron, empero, voces críticas sobre la opción. Por todos, afirmando que, «A falta de fundamentos constitucionales solventes, la opción a favor de conducir la autonomía de la provincia de Madrid por el artículo 144 a) responde a motivaciones políticas de naturaleza extra-constitucional», y decantándose por la vía del artículo 143, véase GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier: «Notas sobre la iniciativa del proceso autonómico de la provincia de Madrid», en *Revista de Política Comparada*, número 7, 1981-1982, páginas 189 y 190.

<sup>34</sup> El texto de este precepto constitucional determina: «La iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas.»

pos-Parlamentarios Centrista, Socialista del Congreso, Comunista y Coalición Democrática<sup>35</sup>.

La iniciativa legislativa fue debatida, tomada en consideración y, en lectura única, aprobada en la sesión plenaria del Congreso de los Diputados celebrada el día 12 de mayo de 1982, cumplimentándose el requisito de la mayoría absoluta, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, exigida por el artículo 81.2 de la Constitución<sup>36</sup>.

El siguiente día 24 tuvo entrada en el Senado el texto aprobado por el Congreso de los Diputados<sup>37</sup>. No habiéndose presentado enmiendas, el Pleno del Senado procedió a su debate<sup>38</sup>, en su sesión de 21 de junio, superando la reclamación provincial con éxito el preceptivo trámite en la Cámara Alta<sup>39</sup>.

Por ende, al no haberse introducido variaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados, resultó definitivamente aprobada por las Cortes Generales la Ley Orgánica por la que se autori-

<sup>35</sup> La Proposición de Ley Orgánica de referencia fue publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie B, número 177-1, de 23 de marzo de 1982.

De forma sintética, los datos referentes a su tramitación se recogen en ORTEGA GUTIÉRREZ, David: «El proceso de configuración de Madrid como Comunidad Autónoma», Capítulo IV de la obra colectiva «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid», dirigida por ÁLVAREZ CONDE, Enrique, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, páginas 120 a 122.

<sup>36</sup> El desarrollo de la sesión puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 241, de 12 de mayo de 1982. En el mismo se reproducen las intervenciones de los Diputados Srs. TAMAMES GÓMEZ (Grupo Mixto), CARRO MARTÍNEZ (Grupo Coalición Democrática), SÁNCHEZ MONTERO (Grupo Comunista), ACOSTA CUBERO (Grupo Socialista) y RUIZ-NAVARRO Y GIMENO (Grupo Centrista), así como la del Ministro de Administración Territorial, Sr. ARIAS-SALGADO Y MONTALVO. La votación de la toma en consideración ofreció el siguiente resultado: votos emitidos, 279; favorables, 267; negativos, 8; y abstenciones, 4. Por su parte, la sucesiva votación final de aprobación de la Proposición de Ley dio el siguiente resultado: votos emitidos, 278; favorables, 272; negativos, 4; y abstenciones, 2.

La toma en consideración y la aprobación de la Proposición de Ley fueron objeto de publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie B, número 177-2, de 26 de mayo de 1982.

Los documentos citados, recopilados, pueden consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 15 a 31.

<sup>37</sup> La Proposición de Ley remitida por el Congreso fue objeto de publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 259 (a), de 24 de mayo de 1982.

<sup>38</sup> El Acuerdo por el que, al no haberse presentado enmiendas, se ordena su deliberación directamente en el Pleno de la Cámara Alta, se reproduce en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 259 (b).

<sup>39</sup> El desarrollo de la sesión de 21 de junio de 1982 se reproduce en el *Diario de Sesiones del Senado*, número 164, constatándose un clima notorio de unanimidad, al no solicitarse turno de intervención en contra del texto. A favor tomaron la palabra, sucesivamente, los Sres. BUSTELO Y GARCÍA DEL REAL y PRAT GARCÍA (ambos del Grupo Socialista del Senado), así como VILLAR ARREGUI y DE BENITO CALLEJA (Senadores del Grupo de Unión de Centro Democrático). Teniendo en cuenta la ausencia de oposición, la Presidencia sometió la aprobación del texto a la Cámara por asentimiento.

Los documentos que conforman el trámite en el Senado se encuentran recogidos en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 33 a 39.



za la constitución de la Comunidad Autónoma de Madrid, formalizada, previa sanción y promulgación, mediante su inserción en el *Boletín Oficial del Estado* con el número de orden 6/1982, de 7 de julio<sup>40</sup>.

La ansiada autorización legislativa —en vigor desde el día siguiente al de su publicación oficial, *ex* artículo 3— destacaba en su Preámbulo la singularidad de residir en Madrid, de acuerdo con el artículo 5 de la Constitución, la capital del Estado.

A partir de dicha singularidad, en virtud de su artículo 1: «*Se autoriza a la provincia de Madrid, por razones de interés nacional, para constituirse en Comunidad Autónoma*».

El propio Legislador estatal determinaría el procedimiento de constitución de la futura Comunidad de Madrid, *ex* artículo 2: «*El proceso autonómico iniciado por la Diputación Provincial al amparo de lo previsto en el artículo 143 de la Constitución, se tramitará en la forma establecida por el artículo 146 de la misma y disposiciones concordantes*».

## 2.2. El procedimiento de elaboración y de aprobación del Estatuto de Autonomía

### 2.2.1. La Asamblea mixta de Diputados provinciales y parlamentarios de Madrid

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 6/1982, la tramitación se centraba, a partir de entonces, en la articulación del pertinente Proyecto de Estatuto de Autonomía, que había de ser elaborado, en los términos del artículo 146 de la Constitución, «*por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley*».

A tenor de la prescripción constitucional, y —lo que no deja de resultar expresivo del consenso existente respecto de la configuración de la autonomía madrileña— anticipándose incluso a la definitiva formalización de la autorización por las Cortes Generales mediante la referida Ley Orgánica, el a la sazón Presidente de la Diputación Pro-

<sup>40</sup> *Cfr.*, *Boletín Oficial del Estado* número 173, de 21 de julio de 1982.

Puede consultarse en «*Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*», *op. cit.*, páginas 41 y 42.

vincial, D. José María RODRÍGUEZ COLORADO, convocaba<sup>41</sup> para el día 14 de junio de 1982, a las diecinueve horas y treinta minutos, en el Castillo de Manzanares el Real, a sus 87 componentes —51 miembros de la Diputación Provincial, 32 Diputados y 4 Senadores elegidos por la circunscripción de Madrid al Congreso de los Diputados y al Senado—, a efectos de proceder a la constitución de la Asamblea mixta que debía encargarse de dar redacción al Proyecto del Estatuto de Autonomía<sup>42</sup>.

La conjunción de Diputados provinciales y parlamentarios determinó que las fuerzas políticas que tomaron parte en el acontecimiento fueran, sin duda, numerosas —seis partidos, mas dos asambleístas independientes— y ciertamente heterogéneas, conforme refleja con detalle la siguiente Tabla:

Fuerzas políticas	Diputados Provinciales	Diputados Nacionales	Senadores	Totales/ Partido	Porcentajes/ Partido
Unión de Centro Democrático (UCD)	23 <sup>43</sup>	10 <sup>44</sup>	2 <sup>45</sup>	35	40,2%
Partido Socialista Obrero Español (PSOE)	18 <sup>46</sup>	12 <sup>47</sup>	2 <sup>48</sup>	32	36,8%
Partido Comunista de España (PCE)	9 <sup>49</sup>	3 <sup>50</sup>	—	12	13,8%
Coalición Democrática (CD)	—	4 <sup>51</sup>	—	4	4,6%
Partido de Acción Democrática (PAD)	—	1 <sup>52</sup>	—	1	1,15%
Fuerza Nueva (FN)	—	1 <sup>53</sup>	—	1	1,15%
Independientes	1 <sup>54</sup>	1 <sup>55</sup>	—	2	2,3%
	51	32	4	87	—

<sup>41</sup> La convocatoria de la sesión constitutiva, de fecha 12 de junio de 1982, se reproduce en «*Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid*», *op. cit.*, página 47. El Orden del Día comprendía los siguientes tres puntos: 1º. Constitución de la Asamblea; 2º. Elección de Presidente y Mesa; y 3º. Designación de la Ponencia.

<sup>42</sup> De forma sintética, los datos referentes a la elaboración del Proyecto y ulterior tramitación de la Ley Orgánica pueden consultarse en ORTEGA GUTIÉRREZ: «*El proceso de configuración de Madrid como Comunidad Autónoma*», en la obra colectiva «*El Derecho Público de la Comunidad de Madrid*», *op. cit.*, páginas 123 a 125. En la propia obra colectiva, ALVARADO, Emilio, y IGLESIAS, Ángel: «*Veinte años de la Comunidad de Madrid: reglas, instituciones y política*», páginas 89 a 94, con un ulterior análisis de los temas de discusión más controvertidos durante el proceso de elaboración del Estatuto de Autonomía, páginas 94 a 98.

La Asamblea mixta<sup>55</sup>, principiada con mediterránea puntualidad —esto es, rozando la media hora de retraso— y con asistencia de 75 de sus 87 asambleístas, tras la salutación del Presidente de la Diputación Provincial, Sr. RODRÍGUEZ COLORADO, procedía a su consti-

<sup>41</sup> Componían el Grupo de Diputados provinciales por la Unión de Centro Democrático (UCD, en lo sucesivo): D. Juan ADARVE FERNÁNDEZ, D. Mariano ALONSO DIEZ, D. Antonio ÁLVAREZ MARTÍN, D. Gregorio CASTAÑO SÁNCHEZ, D. Enrique CASTELLANOS COLOMO, D. Ricardo CID MORENA, D. Enrique ESPINOSA AMBOAGE, D. José María GÓMEZ JIMÉNEZ, D. Julián GÓMEZ JUANES, D. Avelino GONZÁLEZ GARCÍA, D. Eduardo GONZÁLEZ VELAYOS, D. José María LÓPEZ MALLA, D. Sixto MARTÍN GARCÍA, D. Juan Bautista ORUSCO OLMEDA, D. Isidoro PÉREZ DE TUDELA LÓPEZ, D. José Luis PERLADO VIZCAÍNO, D. Luis Manuel PUENTE SAINZ DE BARANDA, D. Ángel REDONDO LÓPEZ, D. Emiliano RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D. Enrique SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. José Manuel SANTOS ARRANZ, D. Juan SANZ CORRAL y D. Luis YUBERO ROMANO.

<sup>42</sup> Conformaban el Grupo de Diputados nacionales de UCD por Madrid: D. José Luis ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. Ramón ÁLVAREZ DE MIRANDA GARCÍA, D. Óscar ALZAGA VILLAAMIL, D. Luis APOSTUA PALOS, D. Leopoldo CALVO-SOTELO Y BUSTELO, D. Antonio FONTÁN PÉREZ, D. José Pedro PÉREZ-LLORCA RODRÍGUEZ, D. José Luis RUIZ-NAVARRO GIMENO, D. Joaquín SATRÚSTEGUI FERNÁNDEZ y D. Adolfo SUÁREZ GONZÁLEZ.

<sup>43</sup> Formaban parte los siguientes Senadores de la UCD: D. Armando DE BENITO CALLEJA y D. Manuel VILLAR ARREGUI.

<sup>44</sup> Componían el Grupo de Diputados provinciales del Partido Socialista Obrero Español (PSOE, a partir de este momento): D. José BORRELL FONTELLES, D. Francisco CASTILLO AZUAGA, D. César CIMADEVILLA COSTA, D. Eduardo FERRERA KETTERER, D. José Luis GARCÍA SEGOVIA, Dña. María GÓMEZ DE MENDOZA, D. Sócrates GÓMEZ PÉREZ, D. Jesús GONZÁLEZ ESCRIBANO, D. Arsenio Eugenio LÓPE HUERTA, D. Luis MAESTRE MUÑIZ, D. Andrés MARTÍNEZ CARRILLO, D. José Luis MORENO SIERRA, Dña. Visitación PÉREZ DE LA PAZ, D. Crescencio PÉREZ PÉREZ, D. Joaquín RIBERA GARCÍA, D. José María RODRÍGUEZ COLORADO, D. José Luis RODRÍGUEZ PERAL y D. Ignacio Cruz SÁNCHEZ MANJAVACAS.

<sup>45</sup> Conformaban el Grupo de Diputados a Cortes por Madrid del PSOE: D. José ACOSTA CUBERO, D. Joaquín ALMUNIA AMANN, D. Enrique BARÓN CRESPO, D. Juan BARRANCO GALLARDO, D. Donato FUEJO LAGO, Dña. Carmen GARCÍA BLOISE, D. Cipriano GARCÍA ROLLÁN, D. Felipe GONZÁLEZ MÁRQUEZ, D. Máximo RODRÍGUEZ VALVERDE, D. Javier SOLANA MADARIAGA, D. Enrique TIerno GALVÁN y Dña. Elena VÁZQUEZ MENÉNDEZ.

<sup>46</sup> El Grupo del PSOE lo componían los siguientes Senadores: D. Francisco BUSTELO GARCÍA DEL REAL y D. José Diosdado PRAT GARCÍA.

<sup>47</sup> El Grupo de Diputados provinciales del Partido Comunista de España (PCE, en lo que sigue) estaba integrado por: D. Juan Antonio GONZÁLEZ ONTANEDA, D. Antonio GUTIÉRREZ ARAUJO, D. Lorenzo HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, D. Victorio MÉNDEZ ALONSO, D. Emilio Ramón RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, D. Julián SERRANO LÓPEZ, D. Joaquín TEJEIRO MARTINO, D. Narciso TORRENTE LARROSA y D. Francisco TORIBIO CASAS.

<sup>48</sup> En su calidad de Diputados a Cortes por Madrid: D. Santiago CARRILLO SOLARES, D. Simón SÁNCHEZ MONTERO y D. Nicolás SARTORIUS ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS-BOHÓRQUEZ.

<sup>49</sup> La representación de Coalición Democrática (en adelante, CD) correspondería a: D. José María DE AREILZA Y MARTÍNEZ DE RODAS, D. Manuel FRAGA IRIBARNE, D. Miguel HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN y D. Alfonso OSORIO GARCÍA, formando parte del Grupo Mixto.

<sup>50</sup> La representación del Partido de Acción Democrática (PAD, en lo que sigue) —que había sido fundado por Francisco FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ en enero de 1982— correspondería a Dña. Carmela GARCÍA MORENO —originariamente Diputada de la UCD—, formando parte del Grupo Mixto.

tución, designando inicialmente su Mesa de Edad —que encabezaría, como Diputado de mayor edad, D. José Diosdado PRAT GARCÍA, y quedaría conformada, además, por dos Vicepresidentes (D. Máximo RODRÍGUEZ VALVERDE y D. José María DE AREILZA Y MARTÍNEZ DE RODAS), y dos Secretarios (Dña. Visitación PÉREZ DE LA PAZ y D. Joaquín RIBERA GARCÍA)—.

Leídas las Normas de Funcionamiento de la Asamblea redactora —refrendadas por el asentimiento de los presentes—, acto seguido se celebraría la elección de la Mesa Definitiva, quedando integrada, por acuerdo unánime de los asistentes, por: D. José Diosdado PRAT GARCÍA (Presidente), D. Joaquín SATRÚSTEGUI FERNÁNDEZ (Vicepresidente Primero), D. César CIMADEVILLA COSTA (Vicepresidente Segundo), D. Lorenzo HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (Vicepresidente Tercero), D. Alfonso OSORIO GARCÍA (Vicepresidente Cuarto), D. Emiliano RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Secretario Primero) y Dña. Elena VÁZQUEZ MENÉNDEZ (Secretaría Segunda).

Finalmente, la propia Asamblea, cumplimentando el tercer punto prefijado en el Orden del Día, concluía designando, también por unanimidad y sobre la base de las propuestas presentadas por los Grupos, a los 9 miembros de la Ponencia que habría de trabajar para articular el Proyecto de Estatuto, a los que se sumaría el Presidente de la Asamblea. El peso de los dos partidos con mayor representación en el seno de este órgano —la UCD y el PSOE— fue obvio:

- La UCD propuso la designación de 3 Ponentes: D. José Luis RUIZ-NAVARRO GIMENO, D. Armando DE BENITO CALLEJA y D. Juan Manuel SANTOS ARRANZ.
- El PSOE propuso la designación de 3 Ponentes: D. José María RODRÍGUEZ COLORADO, D. Juan BARRANCO GALLARDO y D. José ACOSTA CUBERO.
- El PCE propuso la designación de 2 Ponentes: D. Simón SÁNCHEZ MONTERO y D. Emilio Ramón RODRÍGUEZ SÁNCHEZ.
- Por su parte, CD propuso la designación de un único Ponente: D. Alfonso OSORIO GARCÍA.

<sup>51</sup> La representación de Fuerza Nueva (FN, de acuerdo con sus iniciales) correspondería a D. Blas PINAR LÓPEZ, integrante del Grupo Mixto.

<sup>52</sup> D. Francisco Javier MENOR CASSY, integrante del Grupo Mixto.

<sup>53</sup> D. Ramón TAMAMES GÓMEZ, integrante del Grupo Mixto.

<sup>54</sup> El Acta de la sesión constitutiva, de donde se toman los datos que se citan en el texto, puede consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 47 a 58. En la misma se reproducen las Normas de Funcionamiento de la Asamblea Redactora del Proyecto de Estatuto de Autonomía.

A partir de dichas determinaciones, gracias al consenso entre las dos fuerzas mayoritarias, el trabajo ulterior se desarrolló con una notable celeridad, que ya preveían las propias Normas de Funcionamiento, al disponer su artículo 8 que la «Ponencia elaborará un anteproyecto de Estatuto de Autonomía en un plazo de cinco días naturales desde la constitución formal» de la misma.

Es así como, tras una reunión informal y preparatoria, celebrada en el Salón Argüelles del Congreso de los Diputados, con fecha de 15 de junio, por la Mesa definitiva y los miembros de la Ponencia, el siguiente día 16 se reunió formalmente la Ponencia redactora, en el Salón de Comisiones de la Casa-Palacio de la Diputación Provincial, acordando, previo su debate, un texto inicial de Anteproyecto de Estatuto de Autonomía<sup>57</sup>.

Tras un sumario plazo de presentación de enmiendas de tres días naturales —durante el que se formalizaron un total de 49 enmiendas<sup>58</sup>—, la Mesa de la Asamblea redactora resolvió su remisión de nuevo a la Ponencia<sup>59</sup>, que se reunió en el Salón Argüelles del Congreso de los Diputados el día 23 de junio. La Ponencia, desestimando la mayor parte de las propuestas de modificación formalizadas, fijó un texto definitivo de Anteproyecto que, en su esencia, seguía las líneas de los Estatutos que ya habían sido aprobados con carácter previo<sup>60</sup>.

A la vista del Anteproyecto, tras dos sesiones plenarias de intenso debate, celebradas los días 25 y 26 de junio en el Castillo de Manzanares el Real<sup>61</sup>, la Asamblea mixta, tan sólo doce días después de su constitución, aprobaba —por unanimidad de los 56 miembros presentes en el momento de la votación; lo que cumplimentaba la mayo-

<sup>57</sup> El Acta, número 1, de la sesión celebrada por la Ponencia redactora, así como el texto del Anteproyecto y los votos particulares formulados por los Grupos Políticos, se reproducen en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 58 a 84.

<sup>58</sup> Las enmiendas presentadas pueden consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 84 a 105.

<sup>59</sup> El Acta de la sesión de la Mesa de la Asamblea, de 21 de junio de 1982, así como el de la ulterior reunión conjunta de la Mesa y la Ponencia, acordada en aquella sesión y celebrada el siguiente día 22, se reproducen en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 105 a 107. Es interesante destacar que en la reunión de Mesa y Ponencia, a la vista de la manifestación verbal del Sr. ACOSTA CUBERO, se consideraron retiradas dos de las enmiendas inicialmente presentadas, formalizadas, respectivamente, por los Srs. BORRELL FONTELLES y PÉREZ DE LA PAZ, consecuentemente, la Ponencia sólo consideraría 47 enmiendas.

<sup>60</sup> El Acta, número 2, de la sesión celebrada el día 23 de junio por la Ponencia redactora, así como la Propuesta de la misma sobre las enmiendas y votos particulares presentados y sobre el texto del Anteproyecto, se recogen en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 108 a 114.

<sup>61</sup> Las actas, números 2 y 3, de las sesiones plenarias de la Asamblea mixta, donde se reproduce en su integridad el detenido debate registrado, se incorporan al volumen «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 114 a 182 y 183 a 197, respectivamente.

ría absoluta exigida al respecto, fijada en la cifra de 44—, el texto del Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, integrado —como el Anteproyecto— por un Título Preliminar y V Títulos, comprensivos de 64 artículos, además de dos disposiciones adicionales y ocho transitorias<sup>62</sup>.

Culminada la labor de la Asamblea de Diputados provinciales y parlamentarios de Madrid, su Presidente remitía, con fecha de 28 de junio<sup>63</sup>, el Proyecto de Estatuto a las Cortes Generales, a efectos de su tramitación como Ley, en cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 146 de la Constitución.

### 2.2.2. La tramitación del Proyecto en las Cortes Generales

La iniciativa legislativa, sin embargo, sería objeto de caducidad por causa de la conclusión de la I Legislatura estatal el mismo día de su publicación oficial<sup>64</sup>.

Constituidas las nuevas Cortes Generales —II Legislatura— tras las elecciones del 28 de octubre de 1982, el, recientemente formado, Gobierno socialista remitió al Congreso de los Diputados un nuevo Proyecto de Estatuto —reproducción literal del texto caducado<sup>65</sup>—.

La iniciativa gubernamental abrió el pertinente trámite parlamentario, sustanciado por la vía de urgencia, a fin de que las elecciones a la Asamblea de Madrid pudieran celebrarse, de forma acumulada, en el «paquete» de elecciones autonómicas previstas para el siguiente mes de mayo.

Un total de 85 fueron las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados al Proyecto de Estatuto de Autonomía<sup>66</sup>, respecto de las que hubo de deliberar la Ponencia legislativa constituida al efecto, y sobre cuyos resultados, formalizados en el pertinente Informe<sup>67</sup>, tuvo

<sup>62</sup> El texto del Proyecto aprobado, en sus términos, se reproduce en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 197 a 219.

<sup>63</sup> El citado Oficio de remisión, que se registró de entrada en el Congreso de los Diputados el siguiente día 29 de junio, se incorpora al volumen «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 219 y 220.

<sup>64</sup> El Proyecto de Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid remitido a las Cortes Generales fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 100-I, de 31 de agosto de 1982.

<sup>65</sup> Su texto, previa calificación por la Mesa del Congreso de los Diputados en su reunión de 30 de noviembre —en la que se acordó la apertura de un plazo de quince días hábiles para la presentación de enmiendas; esto es, hasta el 22 de diciembre—, fue objeto de publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 5-I, de 3 de diciembre de 1982.

<sup>66</sup> El texto de las enmiendas presentadas, de forma íntegra, así como un Índice de las mismas, en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 221 a 257.

<sup>67</sup> El Informe de la Ponencia se reproduce en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 5-I-1, de 15 de enero de 1983; pudiendo consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 257 a 297.

la Comisión Constitucional del Congreso que debatir y aprobar su Dictamen<sup>68</sup>.

Considerando el Dictamen de la Comisión y la relación de enmiendas y votos particulares presentados<sup>69</sup>, el Pleno del Congreso, en su sesión extraordinaria de 25 de enero de 1983, procedió, primero, al debate y votación del Dictamen de la Comisión y, posteriormente, dada su naturaleza orgánica —ex artículo 81.2 de la Constitución—, a la votación final sobre el conjunto del Proyecto de Ley<sup>70</sup>.

El trámite en el Senado, que recibió el texto el 31 de enero, se inició con la apertura de un breve plazo de cuatro días, derivado de la calificación de urgencia, para la presentación de enmiendas y propuestas de veto<sup>71</sup>.

Fueron un total de 16 las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley<sup>72</sup>, remitidas para ser analizadas por la Ponencia legislativa constituida en el seno de la Comisión de Autonomías y Organización y Administración Territorial. El Informe de la Ponencia, firmado el día

La Ponencia estuvo integrada por los siguientes Diputados: Joaquín LEGUINA HERRAN, José ACOSTA CUBERO y Juan MARCET I MORERA (Grupo Parlamentario Socialista del Congreso); José María AZNAR LÓPEZ y CARLOS RUIZ SOTO (Grupo Parlamentario Popular del Congreso); Rodolfo MARTÍN VILLA (Grupo Parlamentario Centrista); Miquel ROCA I JUNYENT (Grupo Parlamentario Minoría Catalana); Marcos VIZCAYA RETANA (Grupo Parlamentario Vasco); y Francisco VICENS I GIRALT (Grupo Parlamentario Mixto).

<sup>68</sup> Bajo la dirección del Presidente de la Comisión, Landelino LAVILLA ALSINA, el debate registrado en la sesión extraordinaria celebrada por la Comisión Constitucional el día 18 de enero de 1983 se reproduce en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 1. El consecuente Dictamen aprobado por la Comisión fue publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 5-II, de 24 de enero de 1983. Ambas publicaciones oficiales se insertan en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 297 a 341 y 341 a 364, respectivamente.

<sup>69</sup> Cfr., «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 365 y 366.

<sup>70</sup> La votación final sobre el conjunto del Proyecto registró el siguiente resultado: votos emitidos, 309; favorables, 299; contrarios, 2; y abstenciones, 8.

El debate en sesión plenaria, celebrado bajo la dirección de su Presidente, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, se reproduce en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 8, debiendo destacarse la apertura, tras la votación final de conjunto, de un turno de explicación de voto. Por su parte, el texto aprobado, con modificaciones respecto del que figuraba en el Dictamen de la Comisión, se insertó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 5-III, de 29 de enero de 1983. Las dos publicaciones oficiales figuran en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 366 a 391 y 391 a 414, respectivamente.

<sup>71</sup> El Acuerdo de calificación y apertura del plazo de presentación de enmiendas por la Mesa del Senado, así como el texto remitido por el Congreso, se insertaron en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 2 (a), de 31 de enero de 1983. La referida publicación oficial figura en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, página 414.

<sup>72</sup> Las referidas enmiendas fueron publicadas en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 2 (b), de 8 de febrero de 1983. Asimismo, de forma íntegra, con un Índice de las mismas, figuran en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 414 a 423.

8 de febrero<sup>73</sup>, se elevó a la Comisión matriz, donde superó el trámite, aprobándose el pertinente Dictamen, de fecha 11 de febrero<sup>74</sup>.

Contra el mismo se formularon dos votos particulares por el Grupo Parlamentario Popular<sup>75</sup>, si bien ambos fueron rechazados en la sesión plenaria del Senado celebrada el siguiente día 17 de febrero, por lo que, finalmente, el Dictamen, con diversas enmiendas respecto del texto remitido por el Congreso de los Diputados, fue aprobado por la Cámara Alta<sup>76</sup>.

Así las cosas, recibido el texto remitido por el Senado y en virtud de lo dispuesto por el artículo 90.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados volvería a considerar el texto del Proyecto de Ley en su sesión de fecha 27 de febrero de 1983<sup>77</sup>, procediendo a la aceptación de todas las enmiendas introducidas por la Cámara de representación territorial<sup>78</sup> y a la ulterior aprobación definitiva de la norma institucional básica de la Comunidad de Madrid<sup>79</sup>.

### 3. LA LEY ORGÁNICA 3/1983, DE 25 DE FEBRERO, DE ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, Y SUS REFORMAS

Quedó así aprobado el texto del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, el cual, previa su sanción, promulgación e

<sup>73</sup> El Informe de la Ponencia se reproduce en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 2 (c), de 11 de febrero de 1983; pudiendo consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 424 a 448.

La Ponencia estuvo integrada por los siguientes Senadores: Juan DE ARES PACOCHA Y FELIPE, Juan Antonio ARÉVALO SANTIAGO, Feliciano PÁEZ-CAMINO VÁZQUEZ, José PRAT GARCÍA y Joaquín RIBAS DE REYNA.

<sup>74</sup> El Dictamen de la Comisión, presidida por Víctor Manuel ARBELOA MURU, se editó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 2 (d), de 15 de febrero de 1983; pudiendo consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 448 a 471.

<sup>75</sup> Cfr., «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 471 y 472.

<sup>76</sup> El debate en sesión plenaria, celebrado bajo la dirección de su Presidente, José Federico DE CARVAJAL PÉREZ, se reproduce en el *Diario de Sesiones del Senado*, número 6. Por su parte, el Acuerdo plenario resultó publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, número 2 (e), de 22 de febrero de 1983. Ambas publicaciones se encuentran recogidas en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 472 a 503 y 503 a 504, respectivamente.

<sup>77</sup> El sumario debate de la sesión plenaria puede consultarse en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 13, de 27 de febrero de 1983; asimismo, «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 507 y 508.

<sup>78</sup> Las enmiendas aprobadas por el Pleno del Senado se detallan en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 5-IV, de 21 de enero de 1983; también pueden consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 504 a 506.

<sup>79</sup> La versión definitiva del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid figura en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso*, Serie H, número 5-V, de 1 de marzo

inserción en el *Boletín Oficial del Estado*, se incorporó al ordenamiento jurídico español con el número de orden de Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero<sup>80</sup>.

Su texto está conformado por un Título Preliminar —artículos 1 a 8— y otros seis títulos. El Título Primero se ocupa «De las instituciones y gobierno de la Comunidad», artículos 8 a 24, estructurados en tres Capítulos: Capítulo Primero, «De la Asamblea de Madrid», artículos 9 a 16; Capítulo II, «Del Presidente de la Comunidad de Madrid», artículos 17 a 20; y Capítulo III, «Del Consejo de Gobierno», artículos 21 a 24. La delimitación «De las competencias de la Comunidad de Madrid» se realiza en el Título II, artículos 25 a 34. El Título III tiene por objeto «Del Régimen jurídico» de la Comunidad, artículos 35 a 45, y se divide en tres capítulos: Capítulo Primero, «Disposiciones generales», artículos 35 a 37; Capítulo II, «De la Administración», artículos 38 a 42; y Capítulo III, «Del control de la Comunidad de Madrid», artículos 43 a 45. De la disciplina «De la Organización judicial» se ocupa el Título IV, artículos 46 a 50. El Título V establece las reglas de la «Economía y Hacienda» en sus artículos 51 a 63. Cierra el articulado el Título VI, «Reforma del Estatuto», artículo 64. Complementan el texto articulado dos disposiciones adicionales, siete disposiciones transitorias y una Disposición Final, en mérito de la cual el Estatuto entró en vigor el mismo día de su publicación oficial en el *Boletín Oficial del Estado*, esto es, el 1 de marzo de 1983<sup>81</sup>.

de 1983; asimismo, en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 508 a 531.

<sup>80</sup> Cfr., *Boletín Oficial del Estado* número 51, de 1 de marzo de 1983, página 5.783 y siguientes.

Sobre la posición del Estatuto de Autonomía es obligado remitirse a la monografía de AGUADO RENEDO, César: «El Estatuto de Autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, con la extensa bibliografía allí considerada.

<sup>81</sup> El contenido del Estatuto de Autonomía ha sido objeto de diversos estudios de conjunto. En primer lugar, ha de destacarse el tempranamente dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE: «Madrid, Comunidad Autónoma Metropolitana», *ob. cit.* Durante el transcurso de la I Legislatura vería la luz la obra coordinada por GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael: «Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid», Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1987. En 1999 la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Regional de la propia Comunidad editó unos «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», coordinados por ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, y MOLLINEDO CHOCANO, José Joaquín; de los mismos existe una ulterior edición, de 2003, de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas, coordinada por ARNALDO ALCUBILLA —a la misma se referirán en lo sucesivo las citas que se realicen—. Por último, ha de destacarse otra obra colectiva, editada también en 2003 y anteriormente citada, la dirigida por ALVAREZ CONDE: «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid».

### 3.1. Hecho diferencial, organización institucional y disolución de la Diputación Provincial de Madrid

La norma fundacional comportó el surgimiento de lo que, certeramente, GARCÍA DE ENTERRÍA ha definido como «una Comunidad Autónoma particular, quizá la que exhibe un cortejo de títulos históricos de menor entidad, pero no por eso la que puede invocar en su favor menos razones objetivas»<sup>82</sup>.

El vigente artículo 1 del Estatuto, en su apartado 1, sintetiza el hecho diferencial en que se basa la voluntad fundadora de esta «Comunidad Autónoma particular»: «Madrid, en expresión del interés nacional y de sus peculiares características sociales, económicas, históricas y administrativas, en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución Española reconoce y garantiza, es una Comunidad Autónoma que organiza su autogobierno de conformidad con la Constitución Española y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica.»<sup>83</sup>.

De otro lado, y sin perjuicio de su consideración en el siguiente epígrafe, ha de destacarse que la Ley Orgánica 3/1983 opta decididamente, al configurar la organización institucional de la Comunidad de Madrid, por el esquema de separación de poderes binario Legislativo-Ejecutivo. Así lo acredita su artículo 8, en mérito del cual: «Los poderes de la Comunidad de Madrid se ejercen a través de sus instituciones de autogobierno: la Asamblea, el Gobierno y el Presidente de la Comunidad.»<sup>84</sup>.

Constatado lo anterior, conviene destacar en este momento que la constitución de la Comunidad de Madrid se hizo sobre la base de un

<sup>82</sup> Cfr., GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, en el «Prólogo» a la obra colectiva «Madrid, Comunidad Autónoma Metropolitana», *ob. cit.*, páginas 12 y 13.

<sup>83</sup> La redacción del precepto transcrito es la introducida por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, ulteriormente citada en el cuerpo de la obra. El texto originario, mucho más lacónico, se limitaba a afirmar lo que sigue: «El pueblo de Madrid, de acuerdo con la voluntad manifestada por sus legítimos representantes en el ejercicio del derecho de autogobierno, se constituye en Comunidad Autónoma en el marco del Estado español, que expresa la unidad indisoluble de la nación española.»

Sobre el hecho diferencial madrileño y las peculiaridades que justifican la constitución de la Comunidad Autónoma, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «El principio jurídico y político de autonomía en la Comunidad de Madrid», Capítulo 1 de la obra colectiva «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, páginas 1 a 15.

La realidad de Madrid, en su dinámica histórica, puede consultarse, con la bibliografía allí citada, en los trabajos de PALACIOS BAÑUELOS, Luis: «La Comunidad de Madrid en su historia»; y de PEÑA GONZÁLEZ, José: «Madrid: de historia y política». Ambos se recogen en la obra colectiva «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid», *ob. cit.*, conformando, respectivamente, sus Capítulos I —páginas 53 a 70— y II —páginas 71 a 86—.

<sup>84</sup> La redacción del precepto reproducido se corresponde con la introducida por la ya citada Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, coincidente prácticamente *ad litteram* con el artículo 8.1 originario.

firme espíritu de sucesión y transferencia institucionales —aquilata-do por el Poder Constituyente en la Disposición Transitoria Séptima.a)<sup>85</sup> y muy firmemente aprehendido por la Asamblea mixta madrileña—. Así lo demuestra la Disposición Transitoria Cuarta del Estatuto de Autonomía, cuyo contenido prescribe la extinción de la Excelentísima Diputación Provincial de Madrid, que aquel mismo año, desde su establecimiento por Real Decreto de 30 de noviembre de 1933, cumplía su CL Aniversario.

La meritada Disposición estatutaria es del siguiente tenor:

*1. La Diputación Provincial de Madrid queda integrada en la Comunidad de Madrid a partir de la entrada en vigor del presente Estatuto y gestionará los intereses generales de la Comunidad que afecten al ámbito local hasta la constitución de los órganos de autogobierno comunitarios, ajustándose a sus actuales competencias y programas económicos y administrativos, y aplicando en el ejercicio de sus funciones, de forma armónica, la legislación local vigente y la estatal, con prevalencia de esta última ordenación.*

*2. Una vez constituidos los órganos de autogobierno comunitario, quedarán disueltos de pleno derecho los órganos políticos de la Diputación Provincial, la cual cesará en sus funciones. La Comunidad de Madrid asumirá todas las competencias, medios y recursos que según la Ley correspondan a la Diputación Provincial de Madrid y se subrogará en las relaciones jurídicas que se deriven de las actividades desarrolladas por aquélla».*

En síntesis, la desaparición de la Diputación Provincial —«la Extinta», como familiarmente se la pasó a denominar— tendría lugar mediante un acto complejo, compuesto por los diferenciados actos de constitución de las instituciones autonómicas: en primer lugar, el de la primigenia constitución de la Asamblea de Madrid, y, en segundo término, el de la investidura del primer Presidente de la Comunidad —actos constitutivos de los que nos ocuparemos ulteriormente—.

En este marco institucional no puede dejar de indicarse que, en desarrollo de las prescripciones estatutarias, la primera norma con rango de ley aprobada por el Parlamento autonómico una vez constituido, esto es, la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, tuvo precisamente

<sup>85</sup> El tenor literal de esta referencia dispositiva, hoy vacía de contenido, es el siguiente: «Los organismos provisionales autonómicos se considerarán disueltos en los siguientes casos: a) Una vez constituidos los órganos que establezcan los Estatutos de Autonomía aprobados conforme a esta Constitución.»

por objeto la disciplina del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid<sup>86</sup>. Por medio de la misma, en efecto, el órgano representativo y legislativo del pueblo de Madrid inició el proceso de institucionalización de su autogobierno, sentando las bases del Ejecutivo regional, lo que determinó la derogación de las transitorias prescripciones organizativas establecidas por el Decreto 14/1983, de 16 de junio, sobre atribución de competencias, servicios y medios materiales procedentes de la Diputación Provincial de Madrid a la Comunidad de Madrid, y por el Decreto 15/1983, de 16 de junio, por el que se regularon determinadas consecuencias derivadas de la extinción de la Diputación Provincial de Madrid<sup>87</sup>.

En la misma línea, la segunda norma legal emanada del Parlamento regional, complementando la remisión operada por el artículo 4 del Estatuto de Autonomía, perfiló los signos de identidad propios de la Comunidad, establecidos por la Ley 2/1983, de 23 de diciembre, de la Bandera, Escudo e Himno de la Comunidad de Madrid. Las prescripciones legales fueron complementadas por el inmediato Decreto 2/1984, de 19 de enero, de Definición y Utilización de la Bandera, Escudo e Himno de la Comunidad, comprensivo de especificaciones técnicas relativas a la Bandera y al Escudo, básicamente referidas a las proporciones del diseño y a la fijación de los colores especificados en el sistema internacional CIELAB<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> El texto originario de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, fue publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 161, de 20 de diciembre de 1983; con corrección de errores en el ulterior *Boletín* número 8, de 10 de enero de 1984; asimismo, fue reproducida en el *Boletín Oficial del Estado* número 29, de 3 de febrero de 1984, página 2.878 y siguientes. A tenor de su Disposición Final Tercera, la Ley 1/1983 entró en vigor el día de su publicación en el referido *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*.

Sus prescripciones han sido objeto de cuidado estudio en el Especial Monográfico, citado con anterioridad, que Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, editó en junio de 2004, con el título «Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (Comentarios a las Leyes 1/1983, de 13 de diciembre; 1/1984 de 19 de enero; 1/1989, de 2 de marzo)». En concreto, se incluyen los siguientes trabajos: SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Javier: «Los principios Generales. Análisis específico de su presencia en la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid», páginas 37 a 56; CID VILLAGRASA, Blanca: «Título Preliminar. El Gobierno Autonómico», páginas 57 a 88; MARAZUELA BERMEJO: «El Presidente de la Comunidad de Madrid», páginas 89 a 166; GRECIET GARCÍA, Esteban: «El Gobierno de la Comunidad de Madrid y sus Consejeros: Aspectos estructurales y cuestiones recientes», páginas 167 a 219; MARTÍN DE HIJAS MERINO, Mónica: «Las relaciones del Presidente y del Gobierno con la Asamblea», páginas 221 a 250; AREVALO GUTIÉRREZ: «La Administración de la Comunidad de Madrid», páginas 251 a 349; y GRECIET GARCÍA: «Comentario de las Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatorias y Finales: Pérdida de su eficacia jurídica real», páginas 351 a 363. Nos remitimos a los mismos, con la bibliografía allí citada.

<sup>87</sup> El Decreto 14/1983 y el Decreto 15/1983 se insertaron en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 1, de 16 de junio de 1983.

<sup>88</sup> La Ley 2/1983, de 23 de diciembre, fue publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 165, de 24 de diciembre de 1983; corrección de errores en el poste-

Asimismo, desarrollando la prescripción del originario artículo 40 del Estatuto de Autonomía —actual artículo 39—, la tercera disposición general emanada del Parlamento autonómico estableció el capital régimen jurídico de las personificaciones instrumentales. Se trata de la Ley 1/1984, de 19 de enero, Reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid<sup>87</sup>, cuyas prescripciones han de integrarse con lo dispuesto por la ulterior Ley 1/1989, de 2 de marzo, Reguladora del Control Parlamentario de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid<sup>88</sup>.

El texto de la Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, se editó en el *Boletín Oficial del Estado* número 33, de 8 de febrero de 1984, página 3.337 y siguientes. En los términos de su Disposición Final, la considerada Ley entró en vigor el día de su publicación en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*.

Por su parte, el citado Decreto fue editado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 20, de 24 de enero de 1984; corrección de errores en el posterior *Boletín* número 35, de 10 de febrero. La meritada prescripción reglamentaria fue ulteriormente modificada por el Decreto 27/1996, de 29 de febrero, publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 57, de 7 de marzo. Asimismo, ha de considerarse lo dispuesto por el Decreto 103/1994, de 20 de octubre, por el que se Regula la Utilización de la Denominación y Símbolos de la Comunidad en Marcas y Signos Distintivos de Productos, Mercancías y Servicios, publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 280, de 25 de noviembre.

Sobre el particular, al margen de lo que ulteriormente se especifica al considerar los signos distintivos de la Asamblea de Madrid, DE SALAZAR Y ACHA, Jaime: «Los símbolos de la Comunidad de Madrid», Capítulo 7 de los «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 121 a 135; y MATEOS Y DE CABO, Oscar Ignacio: «Los símbolos políticos autonómicos: la bandera, el escudo y el himno de la Comunidad de Madrid», Capítulo VI de la obra colectiva, antes citada, «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid», páginas 149 a 163.

<sup>87</sup> La Ley 1/1984, de 19 de enero, de Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, se editó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 29, de 3 de febrero de 1984; con corrección de errores en el ulterior *Boletín* número 37, de 13 de febrero; asimismo, se insertó en el *Boletín Oficial del Estado* número 53, de 2 de marzo de 1984, página 5.904 y siguientes. A tenor de su Disposición Final Tercera, la Ley 1/1984 entró en vigor el día de su publicación en el referido *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*.

Sus prescripciones fueron objeto de consideración en el citado Monográfico «Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (Comentarios a las Leyes 1/1983, de 13 de diciembre; 1/1984 de 19 de enero; 1/1989, de 2 de marzo)». En concreto, por DE ALBA BASTARRECHEA, Esther: «La Administración Institucional de la Comunidad de Madrid», páginas 393 a 416. Con mayor detalle, véase SUDÁN FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: «Administración Institucional Autonómica. Consideración especial de la Comunidad de Madrid», edición del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2001.

<sup>88</sup> La Ley 1/1989, de 2 de marzo, de artículo único, fue publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 68, de 21 de marzo de 1989; posteriormente se insertó en el *Boletín Oficial del Estado* número 127, de 29 de mayo de 1989, página 15.890. A tenor de su Disposición Final, la Ley 1/1989 entró en vigor el día de su publicación en el referido *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*.

Respecto de sus determinaciones véase el análisis efectuado por DEL PINO CARAZO: «El control parlamentario de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid», en «Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (Comentarios a las Leyes 1/1983, de 13 de diciembre; 1/1984 de 19 de enero; 1/1989, de 2 de marzo)», *op. cit.*, páginas 421 a 440.

### 3.2. Las reformas de que ha sido objeto el Estatuto de Autonomía

El meritado cuerpo legal estatal constituye la Norma institucional básica en vigor, con las cinco modificaciones introducidas, en orden a ampliar el ámbito competencial de la Comunidad:

— Primero, por la Ley Orgánica 2/1991, de 13 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid<sup>89</sup>. La nueva redacción introducida en el apartado 5 del artículo 11 del Estatuto —actual artículo 10.7— es consecuencia de la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, operada por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo<sup>90</sup>, resultado del acuerdo adoptado por los principales partidos de ámbito nacional para permitir una racionalización de los procesos electorales, pues, conforme declara su «Exposición de Motivos», «la multiplicación de los procesos electorales también podría incidir negativamente en la participación ciudadana, aparte de incrementar el gasto público»<sup>91</sup>. En mérito de lo anterior, la reforma aprobada por la Ley Orgánica 2/1991 habilitó la celebración simultánea de las elecciones autonómicas y municipales, de tal modo que las elecciones a la Asamblea de Madrid tendrán lugar el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años, debiendo ser convocados sus Diputados para la sesión constitutiva dentro de los veinticinco días siguientes a la proclamación de los resultados electorales.

— Segundo, superado el plazo de cinco años establecido en el apartado 2 del artículo 148 de la Constitución y en mérito de los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, por la Ley Orgánica 10/1994, de 24 de marzo<sup>92</sup>. La reforma dio nueva redacción a los artí-

<sup>89</sup> El texto fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* número 63, de 14 de marzo de 1991, páginas 8.423 y siguientes, entrando en vigor, a tenor de su Disposición Final, el día de su publicación.

El iter de la modificación estatutaria, desde la aprobación de la iniciativa gubernamental por la Asamblea de Madrid, pasando por su sustanciación en el Congreso de los Diputados y en el Senado, y culminado con su publicación oficial, puede consultarse en el volumen «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (II)», Colección Trabajos Parlamentarios, número 3, editado por la Asamblea de Madrid, Madrid, 1995, páginas 11 a 48, donde se reproducen los distintos boletines y diarios oficiales.

<sup>90</sup> La Ley Orgánica 8/1991, tramitada paralelamente a la Ley Orgánica 2/1991, fue publicada en el mismo ejemplar del *Boletín Oficial del Estado*, esto es, su número 63, de 14 de marzo, páginas 8.425 y siguientes; con rectificación de errores en el posterior número 65, de 16 de marzo, página 8.654.

<sup>91</sup> Sobre el particular, véase AGUADO RENEDO: «Las reformas legislativas para adelantar las elecciones autonómicas. Unas consideraciones críticas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 33, 1991, páginas 65 a 104.

<sup>92</sup> Cfr., *Boletín Oficial del Estado* número 72, de 25 de marzo de 1994, página 9.465 y siguientes; con corrección de errores en el ulterior *Boletín* número 90, de 15 de abril, pági-

culos 26, 27, 28 y 30 de la Norma institucional básica, derogando su artículo 31, con la finalidad de incorporar al Estatuto las competencias que previamente habían sido transferidas, ex artículo 150.2 de la Constitución, por la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, entre las cuales se incluyó a la Comunidad de Madrid<sup>95</sup>.

— Tercero, por la Ley 33/1997, de 4 de agosto, de Modificación del Régimen de Cesión de Tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de Fijación del Alcance y Condiciones de dicha Cesión<sup>96</sup>. Esta Ley procedió a la modificación de la Disposición Adicional Primera del Estatuto, en la que se establece la cesión a la Comunidad de Madrid del rendimiento total o parcial de los tributos señalados. Ha de tenerse en cuenta que, conforme al apartado 2 de la reseñada Adicional: «El contenido de esta disposición se podrá modificar mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, que será tramitado por el Gobierno como proyecto de ley. A estos efectos, la modificación de la presente disposición no se considerará modificación del Estatuto». Prescripción que explica el hecho de que la reforma no tuviera lugar mediante ley orgánica. Ha de advertirse, sin embargo, que, con efectos de 1 de enero de 2002, la Ley 33/1997 fue derogada por la Ley 30/2002, de 1 de julio, del mismo objeto —luego considerada—.

— La modificación más intensa, hasta el punto de que podría calificarse de «reforma global del Estatuto», fue operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio<sup>97</sup>. La meritada Ley Orgánica tuvo por objeto acometer una reforma en profundidad del Estatuto que, además de introducir mejoras técnicas en la redacción del mismo, satisficiera dos objetivos fundamentales: una reforma significativa del marco institucional de la Comunidad de Madrid que afecta tanto al Gobierno autonómico y sus mecanismos de control como, fundamentalmente, a la Asamblea; y la elevación de la capacidad de autogobierno de la Comunidad de Madrid, dentro de los términos de la Constitución, a

na 11.527 y siguientes. No se efectúa declaración expresa sobre su entrada en vigor, por lo que ha de reputarse aplicable la regla general de la *vacatio legis*.

El trámite en la Asamblea de Madrid, en el Congreso de los Diputados y en el Senado de la Ley Orgánica 10/1994 puede consultarse en «Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid (II)», *op. cit.*, páginas 49 a 319.

<sup>95</sup> La Ley Orgánica 9/1992 se insertó en el *Boletín Oficial del Estado* número 308, de 24 de diciembre de 1992, página 43.863 y siguientes.

<sup>96</sup> *Cfr.*, *Boletín Oficial del Estado* número 186, de 5 de agosto de 1997, página 23.840. A tenor de su Disposición Final Única, la Ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación oficial, si bien surtiendo efectos desde el 1 de enero de 1997.

<sup>97</sup> *Cfr.*, *Boletín Oficial del Estado* número 162, de 8 de julio de 1998, página 22.747 y siguientes. En virtud de su Disposición Final, la Ley entró en vigor el día de su publicación oficial.

fin de hacer posibles políticas coordinadas y armonizadas en los distintos sectores de la actividad pública. El referido alcance global de la misma deriva no sólo del elevado número de preceptos que se vieron afectados, sino, de modo muy especial, de las modificaciones sustantivas que con ella se introdujeron gracias al consenso de los Grupos, eso sí, con la sola salvedad de los ocho primeros artículos, trabajados formalmente en Ponencia, *intra muros*.

— Por último, por la, antes citada, Ley 30/2002, de 1 de julio, de Régimen de Cesión de Tributos del Estado a la Comunidad de Madrid y de Fijación del Alcance y Condiciones de dicha Cesión<sup>98</sup>. La considerada Ley comportó, con efectos del 1 de enero de 2002, la derogación de la precedente Ley 33/1997, dando nueva redacción al apartado 1 de la Disposición Adicional Primera del Estatuto, en el sentido de especificar los tributos objeto de cesión. La nueva Ley, en efecto, de un lado, procede a adecuar el contenido de dicha Disposición al nuevo régimen general de tributos cedidos que se contempla en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las Medidas Fiscales y Administrativas del Nuevo Sistema de Financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y, de otro, disciplina el régimen específico de dicha cesión a la Comunidad de Madrid, mediante la adopción de las oportunas medidas<sup>99</sup>.

#### 4. LA RECEPCIÓN DEL ESQUEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES BINARIO LEGISLATIVO-EJECUTIVO

##### 4.1. La generalización del esquema de separación de poderes binario Legislativo-Ejecutivo

El proceso descentralizador ha determinado que, al margen de la vía de acceso a la autonomía seguida por cada una de las Comunidades, los Estatutos de Autonomía —todos ellos— hayan adoptado, sin excepción, el esquema de separación de poderes binario Legislativo-Ejecutivo.

El origen de la referida opción se encuentra en el artículo 152.1 de la Constitución, que establece un diseño institucional en cuya virtud

<sup>98</sup> *Cfr.*, *Boletín Oficial del Estado* número 157, de 2 de julio de 2002, página 23.958 y siguientes. En virtud de su Disposición Final Única, la Ley entró en vigor el día de su publicación oficial, si bien surtiendo efectos desde el 1 de enero de 2002.

<sup>99</sup> Véase al respecto ZORNOZA PÉREZ, Juan: «Los Tributos de la Comunidad de Madrid», en Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, número 12, junio 2005, páginas 59 a 81.



las instituciones de autogobierno de los entes autonómicos se basarán en una Asamblea Legislativa, elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio, un Consejo de Gobierno, con funciones ejecutivas y administrativas, y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la Comunidad Autónoma y la ordinaria del Estado en aquélla; respondiendo políticamente el Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno ante la Asamblea.

No participan las Comunidades Autónomas, sin embargo, en el tercero de los poderes, el Judicial, disciplinado como tal por el Título VI de la Constitución —artículos 117 a 127—, cuya organización culmina el Tribunal Supremo —artículo 123—, El Tribunal Superior de Justicia de cada una de las Comunidades, introducido por el segundo párrafo del artículo 152.1 en calidad de órgano que corona la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad, no es un órgano autonómico, conforme precisara la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio, sino que se encuentra con aquélla en «una relación territorial que deriva del lugar de su sede».

Así diseñada la organización institucional —aunque se trate de un mero apunte técnico vaciado de contenido por la praxis—, no puede olvidarse que las previsiones estatutarias son tributarias de la proclamación de la forma de gobierno parlamentaria efectuada por la Constitución, en su artículo 1.3, extrapolada, de manera uniforme, a la organización derivada del nuevo arquetipo territorial configurado por el Título VIII de la Constitución. Su extrapolación a las diecisiete Comunidades Autónomas que dentro del marco constitucional coexisten en el Estado español —con proyección, incluso, para los supuestos de las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, carentes de la potestad legislativa— se formalizó en un proceso de mimetismo en cuya virtud se ha erigido en modelo uniforme el esquema institucional de autogobierno previsto en el citado apartado 1 del artículo 152 de la Constitución<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> Debe destacarse que la articulación uniforme de la organización institucional en todas las Comunidades Autónomas responde a la adopción del criterio reflejado en las recomendaciones del «Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías», de 19 de mayo de 1981 —Comisión que, presidida por D. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA Y MARTÍNEZ-CARANDE, estuvo, además, integrada por los profesores D. Luis COSCULLUELA MONTANER, D. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, D. Santiago MUÑOZ MACHADO (Secretario de la Comisión), D. Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, D. Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Vicesecretario de la Comisión) y D. Francisco SOSA WAGNER—; publicado por el Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, colección «Informes», número 32, 4ª edición, Madrid, 1982; respecto de las cuestiones anteriormente apuntadas, véanse sus páginas 24 a 29, y 101 y 102.

El modelo, empero, conforme se deduce del tenor literal del precepto constitucional —“En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará [...]”—, no estaba inicialmente pensado para ser aplicado a las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía fueran aprobados por el procedimiento ordinario, esto es, para las denominadas «Comunidades autónomas de régimen general» —la mayoría de ellas, por cierto—.

Aunque no han faltado quienes entienden que la generalización del esquema prefijado por la Constitución a todas las Comunidades Autónomas no responde a un fenómeno de extensión de las prescripciones del artículo 152.1, pues la homogeneidad anidaba en la Constitución<sup>101</sup>, puede afirmarse —al margen del criterio que respecto de su oportunidad ha de defenderse—, que nos encontramos, al decir de una buena parte de la Doctrina, ante un supuesto de «mutación constitucional», operada de modo ostensible y deliberado en virtud de los «Pactos Autonómicos» de 31 de julio de 1981<sup>102</sup>.

El precitado Informe fue complementado con las propuestas elaboradas en materias económicas y financieras recogidas en el «Informe de la Comisión de Expertos sobre financiación de las Comunidades Autónomas», publicado en la citada colección «Informes», número 34; por su parte, en el número 36 de la misma se publicaron los ulteriores «Acuerdos Autonómicos».

Vid., por todos, en relación con el Informe de la denominada «Comisión Enterría» y con los Pactos subsiguientes, los comentarios de MUÑOZ MACHADO: «Derecho Público de las Comunidades Autónomas», Tomo I, *op. cit.*, páginas 143 a 153.

<sup>101</sup> En esta línea, por todos, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge: «Artículo 152. Estructura Institucional de las Comunidades Autónomas», en los «Comentarios a la Constitución Española de 1978» dirigidos por ALZAGA VILLAMIL, *op. cit.*, Tomo XI, Madrid, 1999, en especial páginas 400 a 402.

<sup>102</sup> Sobre el particular, reténganse las acertadas consideraciones formuladas por SANTAMARÍA PASTOR, destacando la dualidad interpretativa del precepto constitucional en términos técnicos y en términos políticos, primero en las «Lecciones de Derecho administrativo» de la Cátedra de GARCÍA DE ENTERRÍA relativas a «Las administraciones territoriales. La Administración institucional», editadas por la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982, páginas 27 a 29; y, posteriormente, en sus «Fundamentos de Derecho administrativo», Editorial Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1988, páginas 508 y 1.083 a 1.087.

Comparten la afirmación de que la homogeneidad institucional deriva de una mutación constitucional operada a partir de los Pactos Autonómicos de 1981, entre otros, BARCENDÓN, Antonio: «Comentario al artículo 21», en la obra colectiva, dirigida por BERMEJO VERA, José, «Comentarios al Estatuto de Aragón», Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985, página 226; BASTIDA FREJEDRO, Francisco José: «De nuevo sobre el modelo de designación de los Presidentes Autonómicos», en Anuario Parlamento y Constitución, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, número 5, 2000, páginas 40 a 42; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Enrique: «Los Gobiernos de las Comunidades Autónomas», en Revista Vasca de Administración Pública, número 34, 1992, páginas 100 y 101; RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: «La forma de Gobierno de Andalucía», coeditado por la Junta de Andalucía y *Tirant lo Blanch*, Valencia, 1999, páginas 25, 246 y 247; y TORRES DEL MORAL, Antonio: «El Presidente de la Comunidad de Madrid», Capítulo 13 de la obra colectiva «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 261 y 262.

Sea como fuere, lo cierto es que, como ha ocurrido con múltiples aspectos relativos al desarrollo del Título VIII de la Constitución, las exigencias políticas presentes en la articulación del denominado «Estado de las autonomías» primaron sobre las consideraciones técnico-jurídicas, de tal modo que el esquema binario Legislativo-Ejecutivo ha acabado convirtiéndose en general y uniforme para las Comunidades Autónomas.

En consecuencia, los respectivos Estatutos de Autonomía han procedido a la institucionalización en cada Comunidad de un órgano representativo y legislativo propio, así como de un Ejecutivo regional conformado por su Presidente y el Consejo de Gobierno, dotado de su correspondiente aparato servicial de naturaleza vicarial.

#### 4.2. La recepción del modelo en la Comunidad de Madrid

En este marco, aún cuando el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid no proclama formalmente el esquema de poderes general, obvio resulta que el mismo reside como dogma en el espíritu de la Norma institucional básica madrileña. Así se colige de las siguientes determinaciones estatutarias.

En primer lugar, ha de recordarse que el artículo 8 proclama abiertamente que «*Los poderes de la Comunidad de Madrid se ejercen a través de sus instituciones de autogobierno: la Asamblea, el Gobierno y el Presidente de la Comunidad*».

De otro lado, preciso es considerar que, a partir de la proclamación del artículo 8, el Título Primero del Estatuto, «*De la Organización Institucional de la Comunidad de Madrid*», queda sistemáticamente escindido en tres Capítulos: el Primero, «*De la Asamblea de Madrid*» —artículos 9 a 16—, el II, «*Del Presidente*» —artículos 17 a 21— y el III, «*Del Gobierno*» —artículos 22 a 25—.

A mayor abundamiento, las relaciones que rigen entre los dos poderes responden nítidamente a las reglas propias de la forma de gobierno parlamentaria, con sus clásicos pesos y contrapesos recíprocos. En efecto, sincréticamente:

1.º— Del Parlamento sobre el Ejecutivo:

1.º.a).— La investidura: la Asamblea de Madrid designa, de entre sus miembros, al Presidente de la Comunidad de Madrid —ex artículos 16.1 y 18 del Estatuto de Autonomía, artículos 181 a 184 del Reglamento de la Asamblea y artículo 4 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid—.

1.º.b).— La moción de censura: la Asamblea de Madrid puede derrocar al Gobierno regional mediante la aprobación de una moción

de censura constructiva —en los términos establecidos por los artículos 20 y 24 del Estatuto de Autonomía, 187 a 190 del Reglamento de la Asamblea y 16.1.b) de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid—.

2.º— Del Ejecutivo sobre el Parlamento:

2.º.a).— La disolución de la Asamblea: el Presidente de la Comunidad está facultado para disolver la Asamblea de Madrid —al amparo del vigente artículo 21 del Estatuto de Autonomía y de conformidad con la, en su momento, discutible Ley 5/1990, de 17 de mayo, reguladora de la Facultad de Disolución de la Asamblea de Madrid por el Presidente de la Comunidad<sup>103</sup>—.

2.º.b).— La cuestión de confianza: el Presidente de la Comunidad puede plantear a la Asamblea de Madrid una cuestión de confianza —en los términos y con los efectos establecidos por el artículo 19 del Estatuto de Autonomía, los artículos 185 y 186 del Reglamento de la Asamblea y los artículos 9.d), 16.1.c) y 21.b) de la Ley de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid—.

Todos estos elementos relacionales, expresión del «parlamentarismo racionalizado», están, en todo caso, modulados por su necesaria adecuación a los requisitos determinados por el propio Estatuto de Autonomía y el vigente Reglamento de la Asamblea de Madrid.

### 5. LA CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL DE LA ASAMBLEA DE MADRID

#### 5.1. La estructura unicameral de la Asamblea

Delimitada por el artículo 8 del Estatuto de Autonomía la estructura de las instituciones de autogobierno, su artículo 9<sup>104</sup> —que principia la regulación efectuada por el Capítulo Primero, «*De la Asamblea de Madrid*», del Título I, «*De la Organización Institucional de la Comu-*

<sup>103</sup> Cfr. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 126, de 29 de mayo de 1990.

La meritada Ley —sobre la que volveremos— se ha mantenido en vigor, pese a su más que discutible validez jurídica por falta del debido respaldo estatutario, pues su contenido normativo fue asumido, en su totalidad, por la reforma del Estatuto de Autonomía operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, que procede a la recepción expresa de tan particular *statv quo ante*.

<sup>104</sup> Precepto redactado en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, que coincide casi en términos literales con el tenor del originario artículo 9 del Estatuto, y cuyo texto es el que sigue: «*La Asamblea representa al pueblo de Madrid, ejerce la potestad legislativa de la Comunidad, aprueba y controla el Presupuesto de la Comunidad, impulsa, orienta y controla la acción del Gobierno y ejerce las demás competencias que le atribuyen la Constitución, el presente Estatuto y el resto del ordenamiento jurídico.*».

«*nidad de Madrid*»—, establece, en primer lugar, la posición de la Asamblea de Madrid en el entramado institucional diseñado, confiriéndole un rol central, al definirla como órgano representativo del pueblo de Madrid, y concreta, a continuación, las funciones de la Cámara, atribuyéndole el ejercicio de la potestad legislativa de la Comunidad, la aprobación y el control de sus Presupuestos, el impulso, orientación y control de la acción del Gobierno, así como el ejercicio de las demás competencias que le atribuyen la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico.

Presupuesta su posición institucional, la primera cuestión que ha de significarse, respecto de la configuración de la Asamblea de Madrid, es que, a semejanza de lo que ocurre con las Asambleas Legislativas de las restantes Comunidades Autónomas, la estructura del Parlamento regional no resulta predeterminada por el Estatuto de Autonomía.

En efecto, la Ley Orgánica 3/1983, como las respectivas normas institucionales básicas<sup>105</sup>, se limita —en el referido Capítulo Primero de su Título I, a establecer una serie de prescripciones esenciales, remitiendo al Legislador autonómico la concreción de los rasgos definidores de la institución representativa.

No obstante lo anterior, el carácter unicameral de los Parlamentos autonómicos parece derivarse de la previsión del reiterado artículo 152.1 de la Constitución: «[...] una Asamblea Legislativa, elegida con arreglo al sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además la representación de las diversas zonas del territorio [...]»; amén de que, en la práctica, se ha observado un evidente fenómeno de emulación, que ha determinado una considerable —y loable— homogeneidad entre las distintas Comunidades Autónomas.

En coherencia, al igual que las otras dieciséis Comunidades Autónomas que, dentro del marco constitucional, coexisten en España, el Parlamento autonómico madrileño ha optado por el modelo unicameral, respondiendo la Cámara a la singular denominación de «Asamblea de Madrid»<sup>106</sup>. Este *nomem*, poco alabado y finalmente adoptado

<sup>105</sup> Como excepción, el Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto (*Boletín Oficial del Estado* número 195, de 16 de agosto), es la única norma institucional básica que afirma expresamente dicha opción. Su artículo 18.1 prevé: «Las Cortes de Aragón tendrán carácter unicameral [...]».

<sup>106</sup> La uniformidad estructural no se ha correspondido, sin embargo, con la homogeneidad nominal. Así, la denominación de Asamblea Legislativa que preveía de modo inconcreto la Constitución, dado que los Estatutos de Autonomía pueden proceder a la libre determinación de la denominación de sus instituciones —ex artículo 147.2.c) de la Constitución—, tan sólo se mantiene, de forma parcial, en dos Comunidades Autónomas: Extremadura —Asamblea de Extremadura— y la Región de Murcia —Asamblea Regional de

sin grandes alharacas, fue tomado con la principal finalidad de huir de las posibles confusiones de identificación que podría haber generado la opción por otras denominaciones, en su momento barajadas como alternativas, como la de Cortes de Madrid o la de Parlamento de Madrid<sup>107</sup>; expresiones que hubieran podido llevar a interlocutores u oyentes, por razón de la costumbre y de su mayor peso histórico e institucional, a rememorar la mismísima Carrera de San Jerónimo.

Sea como fuere, al margen de estas cuestiones meramente nominales y retomando la cuestión de la estructura parlamentaria, la opción por el unicameralismo resulta absolutamente plausible, toda vez que no concurren elementos que justifiquen la existencia de una segunda Cámara autonómica, en cualquiera de sus vertientes.

El artículo 2 del vigente Reglamento de la Asamblea —de 30 de enero de 1997— ha querido proclamar expresamente la opción, determinando categóricamente que «*La Asamblea se constituye en Cámara única*».

## 5.2. La sede del Parlamento madrileño

La sesión constitutiva del Parlamento regional, en los términos ulteriormente detallados, se celebró en el incomparable marco del Salón del Paraninfo de la Universidad Complutense de Madrid, surgiendo inmediatamente la cuestión de habilitar una sede institucional adecuada a sus exigencias funcionales.

Por imperativo legal, la sede de la Asamblea había de quedar radicada en la villa de Madrid<sup>108</sup>. Los términos del artículo 5 del Estatuto

Murcia—, habiendo sido abandonada en el caso cántabro la denominación anterior de Asamblea Regional de Cantabria, sustituida, a raíz de la última reforma estatutaria, por la de Parlamento de Cantabria. Otras cuatro Comunidades Autónomas han preferido la singular denominación, propia de nuestra tradición histórica, de Cortes: Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León y la Comunidad Valenciana. La denominación más extendida es la de Parlamento, acogida por las Comunidades de Andalucía, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, La Rioja —tras abandonar la que hasta ahora mantenía en exclusiva: Diputación General— y el País Vasco. A estas ocho Comunidades debe añadirse la Comunidad Foral de Navarra, habida cuenta de que si bien su regulación principia con la rúbrica de «Cortes o Parlamento», el articulado utiliza esta segunda fórmula. Finalmente, resta como singular la opción adoptada por el Principado de Asturias, en el que la institución representativa responde a la locución «Junta General». Por su parte, las instituciones representativas de Ceuta y Melilla comparten la denominación específica de Asamblea de la Ciudad Autónoma.

<sup>107</sup> Cierto es que otras, ilustrativas de un orgulloso pasado y nada confusas, como la de Junta General, ni se plantearon.

<sup>108</sup> Este mandato determinó, durante las deliberaciones sobre la ubicación de la Cámara, que se descartaran algunos escenarios que se suscitaron como posibles sedes del Parlamento autonómico madrileño; es el caso del Castillo de Los Mendoza, más conocido, por su ubicación, como Castillo de Manzanares el Real, o del Palacio del Infante don Luis, en el término municipal de Boadilla del Monte.

de Autonomía no ofrecían duda: «*La capital de la Comunidad, sede de sus instituciones, es la villa de Madrid, pudiendo sus organismos, servicios y dependencias localizarse en otros municipios del territorio de la Comunidad, de acuerdo con criterios de descentralización, desconcentración y coordinación de funciones*».

Así, sobre esta premisa y gracias a la cesión del Ministerio de Educación y Ciencia, en el viejo Caserón de San Bernardo, previa la ejecución de los «parches» de remoción y habilitación más necesarios, quedó ubicada la sede de la Asamblea de Madrid, aun cuando, «por exigencias del guión», se viera nuevamente abocada a retornar en más de una ocasión al vecino Paraninfo universitario.

Sin embargo, una vez ubicada, la precariedad del estado del Caserón, cuyas entrañas hubieron de ser, en más de una ocasión, aparatadamente apuntaladas, provocaría una ronda casi permanente de contactos y negociaciones con las autoridades estatales y autonómicas en orden a disponer de una sede digna, que reuniera las condiciones para desarrollar las funciones que estatutariamente la Institución representativa tiene encomendadas.

La lista de inmuebles sobre los que se mostró interés es larga. Aunque sea a título de mera curiosidad, nos permitimos hacer un breve recordatorio de los emplazamientos más barajados, de acuerdo con las noticias que transmitieron los medios de comunicación social prácticamente de forma incesante: el Cuartel de Zaragoza, esto es, la antigua Casa de Postas —sobre cuya candidatura a albergar la sede llegó a debatirse en Mesa y Junta de Portavoces, resultando finalmente rechazada, entre otras razones, por sus reducidas dimensiones (pasando a formar parte del complejo inmobiliario de la Presidencia de la Comunidad)—; la Antigua Escuela de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos localizada en el Parque del Retiro —propiedad del Estado, adscrita al Ministerio de Educación, y de la que el Gobierno consideró oportuno no desprenderse—; el Palacio de Maudes —una buena candidatura, que acabó segada por los problemas concurrentes de calificación de uso, desacralización de la Iglesia aneja y protección patrimonial, los cuales obstaculizaban la ubicación del hemiciclo, lo que determinó que acabara por convertirse en sede de la Consejería de Obras Públicas—; el Palacio de Parcent, sito en la calle de San Bernardo —propiedad del Estado adscrita al Ministerio de Justicia y de la que el Gobierno no estimó conveniente prescindir—; parte del Cuartel del Conde Duque —opción pronto olvidada por el deficiente estado en que se hallaba y el elevadísimo coste de las eventuales obras de remodelación—; y un edificio de nueva construcción en un solar anejo a la, por entonces denominada, Consejería de Salud que la Comunidad poseía en la calle de O'Donnell —sobre el que llegaría a

aprobarse el pertinente proyecto técnico (obra del arquitecto de la Comunidad D. Ramón VALLS NAVASCUÉS), a ejecutarse la voladura del inmueble que allí se alzaba (la antigua Maternidad) y a desarrollarse diversos estudios técnicos; sin embargo, un sonoro conflicto con el Ayuntamiento, más proclive a mantener el uso de este espacio, terminó por desbaratar el proyecto y sobre los terrenos acabaron por superponerse las plantas de una moderna Maternidad gestionada, precisamente, por la propia Comunidad—. A todos ellos se sumaron otras alternativas que tuvieron una menor trascendencia mediática: como el Acuartelamiento de Daoiz y Velarde, entre las avenidas del Mediterráneo y de la Ciudad de Barcelona; la construcción de un nuevo edificio en unos terrenos propiedad del Canal de Isabel II en el acomodado barrio de Chamberí; las llamadas «Escuelas Aguirre», en la confluencia de las calles de Alcalá y de O'Donnell; o el antiguo Matadero de Arganzuela, apostado en la ribera izquierda del río Manzanares.

Lo insostenible de la situación —en términos fácticos— provocó que, estando en curso la III Legislatura, se tomara sin más dilación la decisión del definitivo traslado al edificio que debía elevarse a la mayor brevedad en los solares que la Comunidad tenía en Madrid-Sur —barrio de Vallecas—. El proyecto se basó en el que fuera aprobado para la candidatura de O'Donnell —adaptado por, el también arquitecto de la Comunidad de Madrid, D. Juan BLASCO MARTÍNEZ—. En el ocaso de esta misma Legislatura, en la mañana del día 6 de abril de 1995, tendría lugar el acto oficial de colocación de la primera piedra.

Una vez concluidas las obras de los dos edificios que terminaron por configurar el actual complejo de la Sede —el principal y el destinado a albergar a los Grupos Parlamentarios—, en el verano de 1998 la Asamblea de Madrid se trasladaba desde el «Caserón de San Bernardo» a Vallecas, dando nombre a la nueva Plaza de la Asamblea de Madrid y, en parte, a una estación de «Cercanías», por gentileza de RENFE.

Lo cierto es que, transcurridos sólo siete años de la terminación de las obras y del traslado de los servicios de la Cámara y de los Grupos Parlamentarios a la nueva sede de Vallecas, comienza el Parlamento regional a verse encorsetado por razón del espacio útil. Así lo denota, de un lado, la ausencia de salas para la celebración de algunos actos parlamentarios en los momentos de mayor actividad legislativa, y, de otro, la falta de espacio suficiente y adecuado para una función pública y un personal de los Grupos Parlamentarios que exige el incremento de efectivos, en paralelo al volumen de las demandas de una Institución cada vez con más competencias; constreñimiento que es

más que evidente en las zonas comunes los días en que se celebran las sesiones plenarias. No es difícil intuir, pues, que en un tiempo no muy lejano la Asamblea se verá abocada a adoptar la decisión de ampliar sus instalaciones, quizás, por razones de estricta funcionalidad, elevando en los terrenos anejos un tercer edificio.

### 5.3 Los signos distintivos de la Asamblea: Escudo y Medalla

Tan dilatada en el tiempo como la cuestión de la sede —aunque con menor trascendencia en los medios de comunicación—, ha sido la determinación de los símbolos distintivos de la Asamblea de Madrid, que no quedaron definitivamente aprobados sino a partir de la proclamación, en la parte dispositiva del vigente Reglamento de 1997 —*ex* artículos 7 y 8—, de que la Cámara cuenta con su propio «Escudo»<sup>109</sup> y otorga como distinción u honor específico su particular «Medalla». El ulterior Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 20 de diciembre de 1999<sup>110</sup> desarrolla, a lo largo de los dos Capítulos en los que se estructura —el Primero dedicado al Escudo y el Segundo a la Medalla de la Asamblea—, su diseño y el régimen de uso.

El Escudo de la Asamblea, símbolo de su exclusivo uso, es «ovalado, constará de un solo cuartel de gules, y en él, en oro, dos castillos pareados, almenados, donjonados, aclarados de azur y mampostados de sable, surmontados en el jefe por siete estrellas de plata, colocadas cuatro y tres. Al timbre corona real, cerrada, que es un círculo engastado de piedras preciosas, compuesto de ocho florones de hojas de acanto, visibles cinco, interpoladas de perlas y de cuyas hojas salen sendas diademas sumadas de perlas, que convergen en un mundo de azur, con el semimeridiano y el ecuador de oro, sumado de cruz de oro. La corona forrada de gules. Rodearán el Escudo dos ramas de laurel entrelazadas con cinta de gules. En lo alto, listel de plata con la leyenda «Asamblea de Madrid» en letra de sable». En la descripción de los colores —gules, oro, plata, azur y sinople—, denominación —rojo carmesí, oro, plata, azul y verde—, tonos, cromas y claridad del Escudo se ha seguido el sistema internacional CIELAB, y para las correspondencias éste mismo con el CIÉ-MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UNO.

<sup>109</sup> Para la aprobación del Escudo, a tenor de lo previsto por el propio Reglamento, la Mesa de la Asamblea habría de estar a lo dispuesto por «la Ley del Escudo de la Comunidad de Madrid»; referencia que debe entenderse efectuada a la, ya citada, Ley 2/1983, de 23 de diciembre, de la Bandera, Escudo e Himno de la Comunidad de Madrid.

<sup>110</sup> El referido Acuerdo, adoptado en la sesión celebrada en la fecha indicada, no ha sido objeto de publicación.

El diseño está, pues, claramente inspirado en el que es propio del Escudo de la Comunidad de Madrid, al que se introducen pequeñas modificaciones, como puede aprehenderse de la somera lectura del artículo 2 de la, ya citada, Ley 2/1983, de 23 de diciembre, de la Bandera, Escudo e Himno de la Comunidad de Madrid: «El escudo de la Comunidad de Madrid consta de un solo cuartel de gules y en él, de oro, dos castillos pareados, almenados, donjonados, aclarados de azur y mampostados de sable, surmontados en el jefe por siete estrellas de plata, colocadas cuatro y tres. Al timbre, corona real, cerrada, que es un círculo de oro engastado de piedras preciosas, compuesto de ocho florones de hojas de acanto, visibles cinco, interpoladas de perlas y de cuyas hojas salen sendas diademas sumadas de perlas, que convergen en un mundo de azur, con el semimeridiano y el ecuador de oro, sumado de cruz de oro. La corona, forrada de gules»; y con incorporación en su parte inferior del nombre de la Institución parlamentaria como leyenda.

Mucho se ha discutido acerca del significado de la heráldica de la Comunidad de Madrid e, indirectamente, del Escudo de su Asamblea, al estar aquélla parcialmente contenida en éste.

El experto en heráldica AMÓN HORTELANO —a quien se debe el proyecto de Escudo de la Comunidad—, en los albores de la implantación de la autonomía madrileña, justificaba los elementos esenciales configuradores del Escudo del modo siguiente<sup>111</sup>:

— En primer lugar, sus castillos de oro simbolizan las dos Castillas con las que la Comunidad de Madrid comparte su espíritu, tradición e historia, en cuanto que desde la Edad Media son el símbolo castellano por excelencia. El que sean pareados simboliza «la pretensión de la Comunidad de Madrid de ser lazo entre las dos Castillas, fundiendo el símbolo fundamental de una y otra, al tiempo que viene a proyectar su propia complexión extensiva hasta los límites precisos de las cinco provincias que la abrazan»<sup>112</sup>.

— Por su parte, las siete estrellas de cinco puntas —característica ésta que no queda descrita en disposición alguna— se toman del Escudo de la villa de Madrid. Su inserción ha sido concebida sobre la base de un eventual origen astrológico<sup>113</sup>, negado en otras ocasio-

<sup>111</sup> Los fundamentos referidos serían ulteriormente recogidos en el opúsculo de AMÓN HORTELANO, Santiago, y CRUZ NOVILLO, José María: «El escudo y la bandera. Memoria y diseños de los símbolos de la Comunidad de Madrid», Comunidad de Madrid, Madrid, 1984.

<sup>112</sup> *Ob. cit.*, páginas 37, 38 y 80.

<sup>113</sup> En este sentido, AMÓN HORTELANO alude en su obra de referencia —página 39— al criterio de LÓPEZ DE HOYOS, quien argumentaba en los siguientes términos en su «Declaración de las Armas de Madrid»: «Tienen las armas de Madrid por la orla siete estrellas en campo azul, por las que vemos junto al Norte, que llamamos en griego Bootes, y en

nes<sup>114</sup>, sin olvidarnos del carácter geográfico y orográfico<sup>115</sup> que también se le ha atribuido. Sin embargo, la incorporación va más allá de la ciudad de Madrid, con toda la importancia que tiene la Capital para la región; se extiende a todos los límites que hoy conforman la Comunidad Autónoma: «Ese cielo claro (tan patente sobre estas tierras y tan incitante a contemplar el brillo nocturno de la Osa Menor) y esos montes, puertos y valles y planicies surcados por la rueda pertinaz del Carro [...] resultan algo muy definitorio del territorio entero que hoy se integra en nuestra Comunidad Autónoma», sin olvidar —como bien apunta el precitado autor— que la disposición estelar en el escudo se ubica claramente a modo de constelación por encima de los castillos. La característica de las cinco puntas terminó adoptándose por diversas razones: la primera, que contaba con precedentes, pues el Escudo de Madrid ya las tuvo en 1842; en segundo lugar, permite diferenciarlas de las estrellas características del Escudo de la villa de Madrid que las ondea de seis puntas; en tercer término, las cinco puntas simbolizarían, además, «los cinco extremos o límites precisos de las cinco provincias que circundan nuestro territorio autonómico». Se conjuntan así a la postre las acepciones histórica, geográfica y astro-lógica.

— Por último, por lo que respecta a la Corona Real, ha de retenerse que, históricamente, la misma figura en el Escudo de Madrid desde 1548, año en el que la obtuvo, por concesión del Rey Carlos I a la solicitud elevada por el Concejo de la villa —efectuado por medio de dos de sus Procuradores, don Bernaldino DE MENDOZA y don Pedro ZAPATA DE CÁRDENAS—, por razón de los servicios prestados y la

nuestro castellano, por atajar cosas y fábulas, llaman el Carro, las cuales andan junto a la Ursa, y por ser las armas de Madrid osa, tomó las mismas estrellas que junto a la Ursa, como hemos dicho, andan, por razón de que como en tiempo de don Alfonso VI viniendo a ganar este reino de Toledo, el primer pueblo que ganaron fue Madrid, y para denotar que así como aquellas siete estrellas que andan alrededor del Norte son indicio de la revolución y del gobierno de las orbes celestiales, así Madrid como alcázar y casa real y primeramente ganado, había de ser pueblo de donde los hombres conociesen el gobierno que por la asistencia de reyes y señores de estos reinos de Madrid había de salir, y también porque este nombre Carpetano, como abajo declaramos, quiere decir Carro, por eso tomó las siete estrellas que en cielo llamamos Carro.»

<sup>114</sup> Así, José María BERNÁLDEZ DE MONTALVO rechazaba la dada por LÓPEZ DE HOYOS, afirmando: «Ni la corona obedece a fabulosas fundaciones regias ni las estrellas a astrologías o gobiernos del orbe. Nuestro municipio fue mucho más realista y modesto: la corona, por el acatamiento y servicios prestados; las estrellas, por nuestro claro cielo.» *Ibidem.*, página 41.

<sup>115</sup> Al propio LÓPEZ DE HOYOS se atribuye la siguiente explicación: «Llámase por otro lado en latín Mantua Carpetana, tomando el nombre de los montes y puertos que llamamos de la Fuenfrida y de Guadarrama, que en latín se llaman Carpetanos [...]; primero porque quiere decir carro, porque toda esta tierra hasta llegar a estos puertos, eran los trajineros y recuerdos de este instrumento de carros que en latín [...] de donde se llamó Carpetana, por los llanos y planicies que en estos términos hay.» *Ibidem.*, páginas 41 y 42.

lealtad profesada por la villa a la Corona —reafirmados en numerosas ocasiones históricamente—. A este argumento, basado en la tradición, se suma una simbología más contemporánea: su inclusión coadyuva a acentuar hoy la comunión constitucional entre la Jefatura del Estado y Madrid, sede de la Corona de España desde el año 1561 —más de cuatro siglos, por tanto, sólo interrumpidos por los breves desencuentros republicanos marcados por la Historia—, así como la impronta patrimonial dejada en ella por la monarquía: al noroeste, el Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial y el Real Sitio de El Pardo; al sureste: el Real Sitio de Aranjuez; y, en el corazón de la villa, el Palacio Real. Todas estas razones justificaban hondamente el empleo de tan alto símbolo en el Escudo de la Comunidad<sup>116</sup> y, por ende, de su órgano legislativo y representativo.

#### 5.4. El régimen electoral de la Comunidad de Madrid: sistema de fuentes

La proclamación constitucional, respecto del Estado-poder o Estado-organización, de la cláusula del Estado democrático, así como la paralela afirmación, en relación con el Estado-ordenamiento o Estado-Derecho, del valor superior del pluralismo político —artículo 1.1 de la Constitución—, han comportado la decidida recepción en nuestro sistema político de los principios de temporalidad y de libre competencia del y por el poder, así como la consagración del Derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal —artículo 23.1 del Texto Fundamental—, y de su corolario: el principio representativo —artículos 66.1, 68.1 y 69.2 de la Constitución—.

En cuanto supraprincipio constitucional, la cláusula del Estado democrático se ha proyectado, como no podía ser de otra manera, no sólo sobre el sistema político del Estado, sino, asimismo, en cuanto entidades territoriales dotadas de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, respecto del de las Corporaciones Locales —artículos 140 y 141.2— y del de las Comunidades Autónomas —artículo 152.1—.

Es cierto que la afirmación constitucional no se trasluce, en concreto, para las Comunidades Autónomas *in abstracto*, pues la demo-

<sup>116</sup> Sintetizamos los fundamentos aportados por AMÓN HORTELANO en el reiterado opúsculo: «El escudo y la bandera. Memoria y diseños de los símbolos de la Comunidad de Madrid».

cracia resulta ser rasgo definidor del Estado considerado en su unidad y el pluralismo político se ha elevado a la categoría de valor superior de su ordenamiento jurídico; pero no menos cierto es que, de manera más específica y en mérito del artículo 152.1 de la Constitución, la Asamblea Legislativa será «[...] elegida por sufragio universal, con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las distintas zonas del territorio, [...]».

En plena coherencia con la calificación estatal y la homogeneidad inicialmente apuntada por la Norma Primaria, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid —en los términos actualmente vigentes, es decir, a tenor de la redacción establecida por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio— sienta las siguientes premisas básicas:

- a) La Comunidad de Madrid organiza su autogobierno de conformidad con la Constitución Española y su propia Norma institucional básica —artículo 1.1 del Estatuto—, sobre la base de la participación libre e igual de los individuos y grupos en la vida política, económica, cultural y social —artículos 1.3 y 7.4 del Estatuto—.
- b) Se reconoce el derecho de sufragio a los ciudadanos de la Comunidad al proclamar, en su favor, los derechos y deberes fundamentales establecidos en la Constitución —artículo 7.1 y 4—, siendo electores y elegibles todos los madrileños mayores de dieciocho años que estén en pleno goce de sus derechos políticos —artículo 10.8—.
- c) La Asamblea de Madrid representa al pueblo de Madrid —artículo 9— y debe ser elegida por cuatro años mediante sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, atendiendo a criterios de representación proporcional —artículo 10.1—.
- d) Las elecciones tendrán lugar el cuarto domingo de mayo de cada cuatro años —artículo 10.7—, atendándose, para su celebración, a lo que dispongan las Cortes Generales, con el fin exclusivo de coordinar el calendario de las diversas consultas electorales —Disposición Adicional Segunda—.
- e) En el marco determinado por la legislación estatal básica en materia electoral, una ley de la Asamblea regulará las elecciones autonómicas, que serán convocadas por el Presidente de la Comunidad —artículo 10.4—.

Presupuesto lo anterior, el discurrir del proceso electoral autonómico queda constreñido por el sistema definido para las elecciones al Congreso de los Diputados, pergeñado por la Ley Orgánica 5/1985, de

15 de junio, del Régimen Electoral General<sup>117</sup>, con carácter de legislación estatal básica en las materias que ella misma dispone, remitiendo el Estatuto de Autonomía a una ley electoral autonómica propia su concreción —artículo 10.4 del Estatuto, que amplía la remisión que, referida al procedimiento electoral a seguir, efectuaba el originario artículo 11.3—.

Un grado mayor de detalle respecto del régimen jurídico que rige para las elecciones a la Asamblea de Madrid es introducido por el artículo 3 de su Reglamento, al aseverar que: «La [...] elección [...] se regirá por lo dispuesto al efecto en la Constitución, en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en la Ley orgánica del régimen electoral general, en la Ley electoral de la Comunidad de Madrid y en la demás legislación complementaria».

En concordancia con lo anterior, el sistema de fuentes en materia electoral para las elecciones a la Asamblea de Madrid<sup>118</sup> queda modelado por las siguientes disposiciones:

1º.— La Constitución; sin que resulte necesario hacer mayor precisión al respecto.

2º.— El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid.

La Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 5/1985, de forma expresa, elude cualquier margen de duda al respecto: «1. Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio del ejercicio de las competencias reconocidas, dentro del respeto a la Constitución y a la presente Ley Orgánica, a las Comunidades Autónomas por sus respectivos Estatutos».

3º.— Los preceptos de la, antes citada, Ley Orgánica del Régimen Electoral General que tengan carácter de básicos, así como su legislación complementaria.

En efecto, la Disposición Adicional Primera de la considerada Ley Orgánica, en su apartado 2, constriñe a que: «En aplicación de las

<sup>117</sup> El texto originario de la Ley Orgánica 5/1985, objeto ulterior de distintas reformas, se insertó en el *Boletín Oficial del Estado* de 20 de junio de 1985, número 147, página 19.110 y siguientes; con rectificación de errores en el posterior número 17, de 20 de enero de 1986, página 2.759.

<sup>118</sup> Al respecto, véanse ARNALDO ALCUBILLA: «El régimen electoral de la Comunidad de Madrid», Capítulo 10 de la obra colectiva, anteriormente citada, «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», páginas 175 a 202; PAJARES MONTOLÍO, Emilio: «El sistema electoral de la Comunidad de Madrid», en PAU I VALL (Coordinador), «Parlamento y sistema electoral», VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Aranzadi, Pamplona, 1999, páginas 257 a 281; y VIDAL PRADO, Carlos: «El sistema electoral para la configuración de la Asamblea de Madrid», Capítulo XIV de la obra colectiva, ya citada, «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid», páginas 357 a 367.

competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas, convocadas por éstas, los siguientes artículos del título primero de esta Ley Orgánica». La relación de preceptos que a continuación se realiza es la que sigue, con sucinto detalle de su respectivo contenido: 1 a 42 —ámbito de aplicación, el derecho de sufragio activo y pasivo, la Administración electoral (Juntas electorales, mesas y secciones y Oficina del Censo Electoral), censo electoral (formación, rectificación y acceso a los datos), así como los requisitos generales de la convocatoria—; 44, 45, 46.1, 2, 4, 5, 6 y 8, y 47.4 —presentación y proclamación de candidatos—; 49 —recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos—; 51.2 y 3, y 52 —disposiciones generales sobre la campaña electoral—; 53, 54 y 58 —propaganda y actos de campaña electoral—; 59, 60, 61, 62, 63, 65 y 66 —utilización de medios de comunicación de titularidad pública para la campaña electoral—; 68 —derecho de rectificación—; 69 —encuestas electorales—; 70.1 y 3 —papeletas y sobres electorales—; 72, 73, 74 y 75 —voto por correo—; 85, 86.1, 90, 91, 92, 93 y 94 —acto de la votación—; 95.3 y 96 —escrutinio en las mesas electorales—; 103.2 y 108.2 y 8 —escrutinio general—; 109 a 119 —recursos contencioso-electorales y reglas generales de procedimiento electoral—; 125 a 130, 131.2 y 132 —gastos y subvenciones electorales (administradores y cuentas electorales, financiación electoral, gastos electorales y control de la contabilidad electoral y adjudicación de las subvenciones)—; y 135 a 152 —disposiciones generales, delitos electorales y procedimiento judicial—.

De otro lado, la propia Adicional, en su apartado 4, precisa lo que sigue: «4. El contenido de los títulos II, III, IV y V de esta Ley Orgánica no pueden ser modificados o sustituidos por la Legislación de las Comunidades Autónomas»<sup>119</sup>.

Los anteriores preceptos, en su condición de legislación estatal básica, han de ser conjugados con:

- a) La legislación complementaria vigente, conformada por un conjunto diverso de normas, del que nos limitamos a destacar aquí: la Ley Orgánica 10/1991, de 8 de abril, de Publicidad Electoral en Emisoras Municipales de Radiodifusión Sonora<sup>120</sup>; la

<sup>119</sup> Los títulos citados establecen las disposiciones especiales para las elecciones de diputados y senadores, municipales, de cabildos insulares canarios y de diputados provinciales, respectivamente. Curiosamente, no se incluye en la proscripción el inmediato Título VI destinado a regular el sistema electoral de los comicios al Parlamento Europeo.

<sup>120</sup> Editada en el Boletín Oficial del Estado número 85, de 9 de abril.

- Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de Publicidad Electoral en Emisoras de Televisión Local por Ondas Terrestres<sup>121</sup>; y la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, reguladora de la Publicidad Electoral en Emisoras de Televisión Privada<sup>122</sup>.
- b) El Acuerdo de 20 de enero de 2000, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban Normas sobre la Tramitación de los Recursos de Amparo contemplados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General<sup>123</sup>.
- c) Las Instrucciones de la Junta Electoral Central, de carácter vinculante.

4º.— La Ley Electoral de la Comunidad de Madrid y su normativa complementaria.

El artículo 10.4 del Estatuto determina, en favor del legislador autonómico, que: «Una ley de la Asamblea, regulará las elecciones, que serán convocadas por el Presidente de la Comunidad, de conformidad con lo dispuesto en este Estatuto».

Presupuesta la prescripción estatutaria, y de conformidad con las condiciones básicas fijadas por el Estado —recuérdese que el Título I de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, establece las «Disposiciones comunes a todas las elecciones»—, la Comunidad se ha dotado de su propia ley electoral: la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid<sup>124</sup>.

Conforme se explicita en su Exposición de Motivos —que debería haber figurado como «Preámbulo», en cumplimiento del mandato reglamentario<sup>125</sup>—, concretamente en los párrafos segundo, tercero y cuarto de su apartado I:

*“La presente Ley viene, pues, a cumplir el mandato del Estatuto dentro del marco legal que, tanto el propio Estatuto como la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establecen.*

<sup>121</sup> En Boletín Oficial del Estado número 309, de 27 de diciembre.

<sup>122</sup> Véase el Boletín Oficial del Estado número 108, de 5 de mayo.

<sup>123</sup> Publicadas en el Boletín Oficial del Estado número 21, de 25 de enero de 2000.

<sup>124</sup> Cfr., Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 306, de 26 de diciembre de 1986; con corrección de errores en el ulterior número 5, de 7 de enero de 1987. A tenor de su Disposición Final Tercera, entró en vigor el día de su publicación oficial. Asimismo, la ley autonómica se editó en el Boletín Oficial del Estado número 41, de 17 de febrero de 1987, página 4.743 y siguientes; con corrección de errores en el posterior Boletín número 62, de 13 de marzo, página 7.435.

<sup>125</sup> En efecto, conforme impone el artículo 148.3 del vigente Reglamento de la Asamblea: «A continuación, el Presidente someterá a una única votación el dictamen de la Comisión, incorporándose en su caso la exposición de motivos como preámbulo de la ley si fuere aprobada.»



*El criterio seguido, a la vista de la Disposición Adicional primera de la citada Ley Orgánica, ha sido el de mantener una gran economía normativa, es decir, el criterio de sólo regular aquellos aspectos estrictamente necesarios, derivados del carácter y ámbito de las Elecciones a la Asamblea de Madrid, dejando que en todo lo demás se apliquen los preceptos de la Ley Orgánica 5/1985, que la mencionada Disposición Adicional declara supletorios. Ello permite que la presente Ley Electoral sea breve y mantenga una homogeneidad con la legislación estatal y con la de otras Comunidades Autónomas —en este mismo sentido se ha de hacer constar que se han tenido en cuenta las soluciones aportadas por la legislación electoral aprobada hasta el momento por las demás Comunidades—, lo que habrá de redundar en la simplicidad y facilidad de interpretación y aplicación de esta Ley»*

La norma de referencia ha sido objeto de diversas reformas parciales, operadas, en concreto, mediante las siguientes leyes de la Asamblea de Madrid —todas ellas aprobadas con el específico objeto de modificar la Ley 11/1986, de 16 de diciembre—:

- La Ley 4/1991, de 21 de marzo<sup>126</sup>. Por medio de la misma, aprobada a punto de culminar la II Legislatura, se procedió a la modificación de los artículos 8.1 y 2 y 17.1 del texto originario.
- La Ley 5/1995, de 28 de marzo<sup>127</sup>. Esta Ley, aprobada en el tramo final de la III Legislatura, procedió a dar nueva redacción a los artículos 8.1 y 2, 11.2, inciso final del artículo 14.3 y artículo 21.3. Asimismo, añadió un nuevo apartado, el 4, al artículo 21.
- La Ley 15/1995, de 21 de abril<sup>128</sup>. Esta Ley, penúltima de las aprobadas durante la III Legislatura, procedió, en su artículo

<sup>126</sup> La Ley 4/1991, de 21 de marzo, por la que se modifica la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, se insertó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 71, de 25 de marzo de 1991, entrando en vigor, a tenor de su Disposición Final 4ª, el día de su publicación oficial. El texto, ulteriormente, se reprodujo en el *Boletín Oficial del Estado* número 102, de 29 de abril, página 13.539.

<sup>127</sup> La Ley 5/1995, de 28 de marzo, de modificación de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, fue publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 76, de 30 de marzo de 1995; con corrección de errores en el *Boletín Oficial del Estado* número 93, de 20 de abril. A tenor de su Disposición Final Segunda, entró en vigor el día de su publicación oficial. El texto, ulteriormente, se reprodujo en el *Boletín Oficial del Estado* número 161, de 7 de julio, página 20.792.

<sup>128</sup> La Ley 15/1995, de 21 de abril, de modificación del artículo 5 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, se editó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 105, de 4 de mayo de 1995. De conformidad con su Disposición Final, entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial. El cuerpo legal, poste-

único, a modificar el artículo 5 del texto originario, en materia de incompatibilidades; un precepto que desde este momento no ha dejado de sufrir «retoques», siendo objeto de todas las modificaciones ulteriores de la Ley Electoral.

- La Ley 12/1998, de 9 de julio<sup>129</sup>. La considerada Ley, aprobada durante la IV Legislatura, modificó de nuevo el artículo 5, añadiendo sus números 4º, 5º, 6º y 7º.
- La Ley 24/1999, de 27 de diciembre<sup>130</sup>. Ya en la V Legislatura, y a través del siempre cuestionable recurso a la denominada «Ley de acompañamiento», el artículo 14 de la misma estableció una nueva redacción del artículo 5.2.b) de la Ley 11/1986.
- La Ley 14/2001, de 26 de diciembre<sup>131</sup>. De nuevo en la V Legislatura y, asimismo, a través de la «Ley de acompañamiento» —artículo 13.Dos—, se reformó el artículo 5, concretamente el número 10º de su apartado 2.c). La propia Ley, en su artículo 13.Uno procede a la supresión de la causa de inelegibilidad establecida en el originario artículo 3.2.d).
- Por último, la Ley 12/2003, de 26 de agosto<sup>132</sup>, por la que se modifican el apartado tercero del artículo 8 y el artículo 22, en el sentido de introducir un nuevo apartado 2, transformándose, así, en 3 y 4 los subsiguientes.

Las meritadas prescripciones legales, de conformidad con la habilitación establecida por la Disposición Final Primera de la Ley

riormente, se reprodujo en el *Boletín Oficial del Estado* número 170, de 18 de julio, página 21.938.

<sup>129</sup> La Ley 12/1998, de 9 de julio, por la que se modifica el artículo 5 de la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid, fue publicada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 164, de 13 de julio de 1998; con corrección de errores en el posterior *Boletín Oficial del Estado* número 191, de 13 de agosto. A tenor de su Disposición Final, entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial. El texto, ulteriormente, se reprodujo en el *Boletín Oficial del Estado* número 281, de 24 de noviembre, página 38.514.

<sup>130</sup> La Ley 24/1999, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, se insertó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 309, de 30 de diciembre de 1999; con corrección de errores en el posterior número 31, de 7 de febrero de 2000. De conformidad con su Disposición Final Segunda, entró en vigor el día de su publicación oficial. La Ley, asimismo, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* número 48, de 25 de febrero, página 8.374.

<sup>131</sup> La Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, se editó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 308, de 28 de diciembre de 2001, entrando en vigor el día 1 de enero de 2002, de conformidad con su Disposición Final Tercera. Asimismo, se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* número 55, de 5 de marzo, página 8.898.

<sup>132</sup> La Ley 12/2003, de 26 de agosto, de Reforma de la Ley Electoral de la Comunidad de Madrid, se publicó en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 203, de 27 de agosto de 2003, entrando en vigor el propio día, en los términos de su Disposición Final. La Ley fue también objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado* número 226, de 20 de septiembre del mismo año, página 34.654.

11/1986, han de ser complementadas con lo dispuesto por el Decreto 17/1987, de 9 de abril, por el que se regulan las Condiciones Materiales y aquellos otros aspectos necesarios para la Celebración de Elecciones a la Asamblea de Madrid<sup>133</sup>. Su texto originario ha sido objeto, de un lado, de ulterior modificación por el Decreto 186/1998, de 29 de octubre<sup>134</sup>, y, de otro, de concreción por: la Orden 650/1995, de 5 de abril, del Consejero de Cooperación, por la cual se disponen las características y dimensiones de las urnas, cabinas, papeletas y sobres e impresos oficiales a cumplimentar por los miembros integrantes de la Administración electoral<sup>135</sup>. Asimismo, han de considerarse la Orden 470/2003, de 10 de abril, del Consejero de Presidencia, por la que se aprueban y se publican los modelos de papeletas, sobres e impresos a utilizar en las elecciones a la Asamblea de Madrid de 25 de mayo de 2003<sup>136</sup>, y, en materia de subvenciones electorales, las órdenes de 4 y 24 de abril de 2003, de la Consejería de Hacienda: la primera, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Electoral, fija las cantidades actualizadas de las subvenciones a los gastos electorales de las elecciones a la Asamblea de Madrid del 25 de mayo de 2003<sup>137</sup>; la segunda es relativa a la aplicación del artículo 21.1 de la Ley Electoral<sup>138</sup>.

5º.— Finalmente, se aplicarán con carácter supletorio los preceptos de la Ley Electoral que no gocen del carácter de básicos.

En este sentido, la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica resulta suficientemente expresiva, eludiendo cualquier margen de duda:

<sup>133</sup> Cfr. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 85, de 10 de abril de 1987, con corrección de errores en el posterior número 93, de 20 de abril. El considerado Decreto entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial, conforme estableció su Disposición Final.

<sup>134</sup> El artículo único del Decreto 186/1998 modifica los artículos 5, 6 y 7, así como la Disposición Adicional del Decreto 17/1987. Fue publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 268, de 11 de noviembre de 1998, entrando en vigor al día siguiente de su publicación oficial, a tenor de su Disposición Final Segunda. Ha de precisarse que, en realidad, el contenido normativo de su artículo único es meramente nominativo, limitándose a modificar las referencias a los titulares de las Consejerías implicadas.

<sup>135</sup> Cfr. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 82, de 6 de abril de 1995. Su texto, a tenor de la Disposición Final, entró en vigor el propio día de su publicación oficial, constituyendo el objeto de su artículo único sustituir los Anexos originarios del Decreto 17/1987.

<sup>136</sup> Cfr. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 86, de 11 de abril de 2003, que, de conformidad con su Disposición Final, entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial. Su tenor fue corregido por la posterior Orden 587/2003, de 15 de abril, editada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 108, de 8 mayo.

<sup>137</sup> Cfr. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 80, de 4 de abril de 2003, que, de conformidad con su dispositivo Segundo, entró en vigor el día de su publicación oficial.

<sup>138</sup> Cfr. *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 99, de 28 de abril de 2003, que, de conformidad con su Disposición Final, entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial. Su tenor fue corregido por la posterior Orden 587/2003, de 15 de abril, editada en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 108, de 8 mayo.

“3. Los restantes artículos del título primero de esta Ley tienen carácter supletorio de la Legislación que en su caso aprueben las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a sus Asambleas Legislativas en el supuesto de que las mismas no legislen sobre ellos.

5. En el supuesto de que las Comunidades Autónomas no legislen sobre el contenido de los artículos que a continuación se citan, éstos habrán de interpretarse para las elecciones a las Asambleas Legislativas de dichas Comunidades de la siguiente manera:

- a) Las referencias contenidas a Organismos Estatales en los artículos 70.2, 71.4 y 98.2, se entenderán referidas a las Instituciones Autónomas que correspondan.
- b) La mención al territorio nacional que se hace en el artículo 64.1 se entenderá referida al territorio de la Comunidad Autónoma.
- c) La alusión que se hace en el artículo 134 a la Comisión establecida en la Disposición Transitoria primera de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, se entenderá referida a una Comisión de la Asamblea Legislativa correspondiente, y la obligación estatal de subvencionar los gastos electorales mencionada en dicho artículo y en el anterior corresponderá a la Comunidad Autónoma de que se trate».

## 6. LA ASAMBLEA TRANSCURRIDOS SUS PRIMEROS VEINTE AÑOS: ALGUNOS HITOS DE ESPECIAL RELEVANCIA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

### 6.1. Primigenia constitución de la Asamblea

La resultante de las prescripciones estatutarias ha sido que, *hic et nunc*, la Asamblea Legislativa regional, después de haber superado vertiginosamente la VI Legislatura, se encuentra en su VII Legislatura, iniciada tras los comicios electorales celebrados en octubre del año 2003.

Más de veinte años de actividad han transcurrido<sup>139</sup>, en efecto, desde su primigenia constitución.

<sup>139</sup> Al respecto resulta de especial utilidad la consulta del «Informe Comunidades Autónomas» publicado anualmente, primero —años 1989, 1990 y 1991—, por la Fundación Carles Pi I SUNYER, y, desde 1992, por el Instituto de Derecho Público. El Informe, dirigido por AJA FERNÁNDEZ desde 1989 hasta 1997, y desde 1998 hasta la fecha por TORNOS MÁS, Joaquín, analiza sintéticamente la actividad de cada Comunidad, haciendo especial mención, cada año,

La misma tuvo lugar el día 8 de junio de 1983, de conformidad con la composición que habían arrojado los resultados electorales de los comicios a los que habían sido convocados los madrileños el anterior 8 de mayo y a tenor de la convocatoria formalizada por el Real Decreto 1.362/1983, de 25 de mayo.

La mencionada reunión constitutiva se desarrolló en el Salón del Paraninfo de la Universidad Complutense de Madrid, testigo de la apertura de la sesión por D. César CIMADEVILLA COSTA, en su calidad de Presidente de la Diputación Gestora de la Comunidad<sup>140</sup>.

El ulterior desarrollo de la misma<sup>141</sup> principió con las palabras de salutación del Presidente y la constitución de la Mesa de Edad —conformada por los Sres. D. Miguel PEYDRÓ CARO (Presidente, en su calidad de Diputado electo de mayor edad), Dña. María Dolores GARCÍA-HIERRO CARABALLO y D. José Antonio SAÍNZ GARCÍA (Secretarios, como Diputados más jóvenes)—. Seguidamente, leído el Real Decreto de convocatoria y la relación de Diputados electos, se procedió a tomar promesa o juramento a los Sres. Diputados, suspendiéndose a continuación la sesión. Reanudada la misma vespertinamente, se adoptó el primer acuerdo parlamentario, consistente en la aprobación de las «Normas Provisionales por las que se ha de regir la Asamblea de Madrid», y, ulteriormente, se sustanció el trámite de elección de la Mesa de la Cámara. Concluida así la función de la Mesa de Edad, ocupando su puesto en la Mesa los Diputados electos, el primer Presidente de la Cámara, D. Ramón ESPINAR GALLEGO, declaró formalmente constituida la Asamblea de Madrid, concediéndose a los Portavoces de los Grupos Parlamentarios un turno de cinco minutos para explicación de voto —interviniendo, sucesivamente, los Ilmos. Sres. D. Lorenzo HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, D. Luis Guillermo PERINAT ELIO y D. Marcos SANZ AGÜERO—.

Días después, en la segunda reunión plenaria de la Cámara, celebrada los días 13 y 14 de junio de 1983 en el Paraninfo de la Universi-

a la producción legislativa y a la actividad institucional de su Asamblea Legislativa. Por lo que respecta a la Comunidad de Madrid, a SALAS HERNÁNDEZ, Javier, se deben los Informes de 1989 —páginas 164 a 166—, 1990 —páginas 160 a 163— y 1991 —páginas 141 y 142—. Por su parte, AGUIAR DE LUQUE, Luis, ha asumido su realización, primero en solitario, durante los años 1992 —páginas 169 a 173—, 1993 —volumen I, páginas 320 a 335—, 1994 —volumen I, páginas 365 a 380— y 1995 —volumen I, páginas 358 a 377—, luego en coautoría con MOLLINEDO CHOCANO, en los años 1996 —volumen I, páginas 344 a 363—, 1997 —volumen I, páginas 359 a 378—, 1998 —volumen I, páginas 363 a 384— y 1999 —páginas 357 a 376—; y, por último, en coautoría con PAJARES MONTOLÍO, en los años 2000 —páginas 340 a 359—, 2001 —páginas 374 a 395—, 2002 —páginas 362 a 383— y 2003 —páginas 425 a 455—. El Informe de Madrid correspondiente a 2004 —páginas 423 a 458— ha sido elaborado por FERNÁNDEZ FARRERES y ARÉVALO GUTIÉRREZ.

<sup>140</sup> Vid. el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid* número 1, de 8 de junio de 1983, página 2.

<sup>141</sup> *Ibidem.*, páginas 2 a 12.

dad de San Bernardo<sup>142</sup>, tras la elección de los Senadores en representación de la Comunidad de Madrid, la Asamblea procedería a la sesión de investidura del primer Presidente de la Comunidad, resultando proclamado D. Joaquín LEGUINA HERRÁN por 50 votos a favor, 34 votos en contra y 8 abstenciones.

Sucesivamente cumplidos ambos trámites institucionales, en los términos establecidos por la Disposición Transitoria Cuarta del Estatuto de Autonomía, la Diputación Provincial de Madrid quedaba extinguida, cesando en sus funciones; asumidas por los órganos de autogobierno recién conformados.

## 6.2. La composición política de la Cámara

El Estatuto de Autonomía, conforme a lo que constituye regla general en el panorama comparado<sup>143</sup>, no establece una cifra tasada de componentes de la Asamblea de Madrid, limitándose a remitir a una ley electoral propia la determinación del número de Diputados que integrarán la Cámara; número que se establece genéricamente en el Estatuto de Autonomía, de acuerdo con los datos actualizados del censo de población.

<sup>142</sup> El desarrollo de la sesión de investidura puede consultarse en el *Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid* número 2, de 25 de junio de 1983, páginas 15 a 68.

<sup>143</sup> En efecto, los Estatutos de Autonomía no establecieron una cifra tasada y fija de componentes de sus Asambleas legislativas, limitándose a establecer un número provisional para las primeras elecciones y a remitir a una ley electoral ulterior propia la determinación del número definitivo de Diputados que habrían de integrar la Cámara; o bien, de modo parejo al modelo seguido por la Constitución respecto de la composición del Congreso, determinan un mínimo y un máximo de miembros que deben integrar la Cámara —muchas de estas acotaciones quedarían posteriormente superadas—: de 60 a 80 para el caso del Parlamento de Galicia (artículo 11.5 del Estatuto); de 90 a 110 en el caso del Parlamento de Andalucía (artículo 26.2 del Estatuto); entre 35 y 45 para la Junta General del Principado de Asturias (artículo 25.2 de su Estatuto) y el Parlamento de Cantabria (artículo 10.4 del Estatuto); algo menor es el margen de representantes, de 32 a 40, dispuesto para el Parlamento de La Rioja por el Estatuto de Autonomía de La Rioja, en su artículo 17.2; de 45 a 55 Diputados pueden constituir la Asamblea Regional de Murcia (artículo 24.2 de su Estatuto); 75 a 100 las Cortes Valencianas (artículo 12.1 del Estatuto); 60 a 75 las Cortes de Aragón (artículo 19 de su Estatuto); 47 a 59 las Cortes de Castilla-La Mancha (artículo 10.2 del Estatuto); de 50 a 70 el Parlamento de Canarias (artículo 9.3 del Estatuto); y entre 40 y 60 miembros fija como márgenes para el Parlamento de Navarra la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, en el artículo 15.2. De forma parcialmente análoga, el Estatuto de Autonomía de Extremadura, en el artículo 27.1, se limita a determinar el número máximo de Diputados que pueden componer la Asamblea de Extremadura: 65, silenciando toda referencia al posible número inferior.

En general, la cifra exacta de Diputados componentes se acota en virtud de lo que disponen las correspondientes leyes electorales, de acuerdo con los datos actualizados del censo de población. Las excepciones a este esquema se encuentran en el País Vasco —para cuyo Parlamento el Estatuto (artículo 26.1) determina un número fijo de Diputados: 75, correspondiendo por igual la elección de 25 representantes a cada uno de los Territorios Históricos— y en Cataluña —Disposición Transitoria Cuarta.2 de su Estatuto de Autono-

En concreto, el primer inciso de su artículo 10.2 —a semejanza de lo que constituía la prescripción única de dicho precepto y apartado en el texto originario— dispone: «La Asamblea estará compuesta por un Diputado por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000, de acuerdo con los datos actualizados del censo de población».

En función de dicho criterio, y de conformidad con los datos actualizados del censo de población, la Asamblea de Madrid ha estado conformada a lo largo de las sucesivas legislaturas por el siguiente número de miembros:

- I Legislatura: 94 Diputados.
- II Legislatura: 96 Diputados.
- III Legislatura: 101 Diputados.
- IV Legislatura: 103 Diputados.
- V Legislatura: 102 Diputados.
- VI Legislatura: 111 Diputados.
- VII Legislatura: 111 Diputados.

Presupuesta la exigencia establecida para constituir grupo parlamentario de que concurra un número no inferior a cinco Diputados —tanto en el artículo 21.1 del Reglamento de 1984 como en el artículo 36 del vigente Reglamento de 1997—, salvo en la II Legislatura —conformada *ab initio* por cuatro grupos, a los que se añadió durante su desarrollo un quinto Grupo Mixto—, en las demás los resultados electorales han ofrecido un Parlamento integrado originariamente por tres Grupos Parlamentarios, habiéndose registrado en cuatro ocasiones —I, IV, V y VII Legislaturas— una situación de mayoría absoluta.

No puede dejar de indicarse, por último, que durante la I, II, IV y VI Legislaturas terminó por constituirse en la Cámara un Grupo Par-

ma, en virtud de la cual, sobre la base de las circunscripciones provinciales, «El Parlamento de Cataluña estará integrado por 135 Diputados, de los cuales la circunscripción de Barcelona elegirá un Diputado por cada 50.000 habitantes, con un máximo de 85 Diputados. Las circunscripciones de Gerona, Lérida y Tarragona elegirán un mínimo de seis Diputados, más uno por cada 40.000 habitantes, atribuyéndose a las mismas 17, 15 y 18 Diputados, respectivamente.»

En la actualidad el número de miembros oscila, de acuerdo con las normas electorales de cada Comunidad, entre los 33 Diputados del Parlamento de La Rioja, o los 39 del Parlamento de Cantabria, que serían los Parlamentos con menor número de representantes, hasta los más numerosos, como el Parlamento de Andalucía, integrado por 109 Diputados, o los 135 representantes del Parlamento de Cataluña.

Finalmente, para los casos de las Asambleas de las Ciudades autónomas el número de Diputados miembros es fijo, cifrándose en ambos supuestos en los 25 Diputados (*vid.* al efecto los artículos 7 del Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Ceuta y 3 del Reglamento de su Asamblea, y artículos 7 del Estatuto de Autonomía de la Ciudad de Melilla y 3 del Reglamento Orgánico de la Ciudad de Melilla).

lamentario Mixto, consecuencia de las «migraciones parlamentarias» que, en distintas fases, han protagonizado la dinámica del Parlamento regional.

### 6.3. La relevancia jurídico-constitucional de algunos fenómenos acaecidos en su andadura

Transcurridos ya más de cuatro lustros desde la celebración de su sesión constitutiva, en 1983, y consolidada la Institución<sup>144</sup>, sin duda

<sup>144</sup> Véase, respecto del periodo comprendido desde la primigenia constitución de la Cámara hasta junio de 1995, es decir, sus tres primeras Legislaturas, ARÉVALO GUTIÉRREZ: «La consolidación de una institución representativa: doce años de andadura de la Asamblea de Madrid (1983-1995)», en Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, número 2, diciembre 1999, páginas 191 a 225. Del propio autor, sobre la base del anterior, sustancialmente revisado y ampliado hasta diciembre de 2002, *vid.* «La consolidación institucional de la Asamblea de Madrid como Parlamento Autónomo (1983-2002)», en el número Especial Monográfico, anteriormente citado, que la propia Revista editó en abril de 2003 con el título: «La Asamblea de Madrid: dos décadas de Parlamento autonómico», páginas 413 a 521.

En el referido Especial Monográfico está perfectamente descrito el proceso de consolidación de la Institución desde diversas perspectivas, agrupadas en cinco apartados. En el apartado I, «La Asamblea de Madrid. Una vista interior», se recogen los siguientes trabajos de ex Presidentes y Presidentes tanto de la Comunidad como de la Cámara, así como de los Portavoces de los Grupos Parlamentarios en la V Legislatura: LEGUINA HERRÁN, Joaquín: «Veinte años después», páginas 3 a 7; RUIZ-GALLARDÓN JIMÉNEZ, Alberto: «La Comunidad de Madrid, de la imaginación a la prueba», páginas 9 a 15; ESPINAR GALLEGÓ, Ramón: «La primera Legislatura de la Asamblea de Madrid», páginas 17 a 21; POSADA CHAPADO, Rosa María: «Una mirada atrás», páginas 23 a 25; DIEZ OLAZÁBAL, Pedro: «Tercera Legislatura: madurez parlamentaria y participación social», páginas 27 a 30; VAN-HALEN ACEDO, Juan: «Crónica de una experiencia», páginas 31 a 36; VILLANUEVA GONZÁLEZ, Miguel Ángel: «La fuerza de la democracia madrileña», páginas 37 a 39; SABANDO SUÁREZ, Pedro Feliciano: «Unas notas sobre mi experiencia en la Asamblea de Madrid», páginas 41 a 44; y PÉREZ MARTÍNEZ, Ángel: «... Y que cumplan muchos más», páginas 45 a 47. El apartado II está dedicado a «La Asamblea de Madrid y su representación política», rúbrica que agrupa los trabajos de MARTÍNEZ CUADRADO, Miguel: «Representación política de Madrid en el Antiguo Régimen y en la España contemporánea», páginas 53 a 77; y de MARTÍN DE HIJAS MERINO: «El régimen especial de Madrid: análisis del artículo 6 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», páginas 79 a 103. El apartado III, «La Asamblea de Madrid y su relación con otras instituciones», analiza las relaciones con las Cortes Generales, el Gobierno de la Comunidad, los Tribunales de Justicia y los Ayuntamientos, objeto de los siguientes siete estudios: GUTIÉRREZ VICÉN, Carlos: «Las relaciones entre la Asamblea de Madrid y las Cortes Generales», páginas 109 a 141; CUENCA MIRANDA, Alfonso: «Las Senadores designados por las Comunidades Autónomas», páginas 143 a 167; LUCIO GIL, Antonio: «En defensa de la política: El Libro Blanco de la Gobernanza Europea y la Asamblea de Madrid», páginas 171 a 198; LÁZARO MARTÍNEZ DE MORENTIN, Patricia, y CALVO GARCÍA, Javier: «Las Proposiciones de Ley de origen parlamentario y las facultades del Gobierno respecto de su tramitación y toma en consideración», páginas 199 a 234; GRECIET GARCÍA: «Decretos Legislativos autonómicos, ultra vires y responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma Legisladora», páginas 235 a 266; SÁNCHEZ MAGRO, Andrés: «La Asamblea de Madrid ante la fragmentada Administración de Justicia del Estado Autonómico», páginas 269 a 277; y MUÑOZ YLLERA, Concepción: «Veinte años de relación entre la Asamblea de Madrid y los 179 municipios que componen la Comunidad Autónoma», páginas 281 a 299. El apartado IV centra su consideración en «La Asamblea de Madrid y la sociedad

resulta oportuno efectuar un análisis de la actividad desarrollada por la Asamblea autonómica. Dos factores confirman esta impresión.

En primer lugar, la conveniencia de acercar a los ciudadanos de la Comunidad de Madrid la realidad del Parlamento que los representa y ostenta la potestad legislativa, conformando el ordenamiento jurídico que prescribe los aspectos sustanciales de la convivencia ciudadana, especialmente en el ámbito social y económico. No resulta ocioso, en este orden de ideas, recordar que, a partir de la reforma estatutaria operada en 1998, la Comunidad —ex artículo 26 del Estatuto de Autonomía— ha asumido la competencia exclusiva, correspondiéndole la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva, entre otras materias, sobre: la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda; las obras públicas de interés de la Comunidad; los ferrocarriles, carreteras y caminos, así como el transporte terrestre y por cable que discurre integralmente en el territorio de la Comunidad; las ferias y mercados interiores, incluidas las exposiciones, así como el establecimiento de bolsas de valores y el establecimiento y la regulación de centros de contratación de mercancías; la artesanía; el fomento del desarrollo económico de la Comunidad; la promoción y ordenación del turismo; o la promoción de la igualdad respecto a la mujer, por no citar sino algunos ejemplos relevantes. Asimismo, en el marco de la legislación estatal básica —de conformidad con el artículo 27 del Estatuto—, le corresponde el desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución de materias de singular relevancia, como: el régimen de los montes y aprovechamientos forestales; la sanidad e

madrileña», con dos estudios: ARAGÓN REYES: «El Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid y sus relaciones con la Asamblea», páginas 305 a 316; y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, y BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: «Reflexiones sobre el Parlamento y la Universidad», páginas 319 a 335. Por último, el apartado V, «La Asamblea de Madrid: Parlamento de la Comunidad», recoge, en primer lugar, las aportaciones de los sucesivos Secretarios Generales de la Cámara, publicando, ulteriormente, cuatro estudios, sobre la actividad parlamentaria, de distintos Letrados de la Asamblea. En el primer bloque, tras una referencia, *in memoriam*, a D. José Nicolás CARMONA SALVADOR, quien fuera su primer Secretario General —1983 a 1985—, se publican los trabajos de FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Juan: «La Asamblea de Madrid. Su constitución y primera Legislatura (1983-1986), desde una perspectiva histórica», páginas 341 a 359; SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: «Mis años como Secretario General de la Asamblea de Madrid (1988-1990)», páginas 361 a 365; VALERO JORDANA, Gregorio: «La Secretaría General de la Asamblea de Madrid (1990-1992)», páginas 367 a 377; MOLLINEDO CHOCANO: «La Asamblea de Madrid (1992-1997)», páginas 379 a 392; GARCÍA MEXÍA: «Mi experiencia como Secretario General de la Asamblea de Madrid (1997-2000)», páginas 393 a 397; y DE ALBA BASTARRECHEA: «Veinte años no es nada... qué febril la mirada», páginas 399 a 409. Los veinte años de actuación parlamentaria son diseccionados, además de por ARÉVALO GUTIÉRREZ, en el estudio citado en el primer párrafo de esta misma nota, por SÁNCHEZ SÁNCHEZ: «La función presupuestaria en la Asamblea de Madrid», páginas 523 a 539; DEL PINO CARAZO: «Veinte años de actividad de control político en la Asamblea de Madrid», páginas 541 a 561; y CID VILLAGRASA: «Nacimiento y consolidación de la Asamblea de Madrid como organización autónoma», páginas 563 a 587.

higiene; la coordinación hospitalaria; la protección del medio ambiente, pudiendo establecer normas adicionales de protección; el régimen minero y energético; la protección de los ecosistemas en los que se desarrollen la pesca, acuicultura y caza; la defensa del consumidor y del usuario; la prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social; o la ordenación farmacéutica y establecimientos farmacéuticos. Lo anterior sin olvidar, en primer lugar, aquellas otras materias cuya ejecución asume en los términos del artículo 29 del Estatuto —como la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, la gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social o el crédito, la banca y los seguros—, y, segundo, la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con el artículo 30.

En segundo lugar, el análisis de la actividad desarrollada por el Parlamento regional se demuestra necesario si se pondera, frente a su frecuente proyección en los medios de comunicación social, la escasa, por no decir nula, atención que la actividad de la Asamblea de Madrid suscitó en la Doctrina científica durante sus primeros años de andadura<sup>145</sup>.

En efecto, a diferencia de la atención generada por los Parlamentos de otras Comunidades Autónomas, ha de constatarse que sólo a partir de 1999 —año en el que vio la luz «Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid»<sup>146</sup>—, esto es, transcurridos más de tres lustros desde su primigenia constitución, el estudio y la reflexión

<sup>145</sup> No obstante, de justicia es destacar el minucioso análisis de conjunto elaborado durante el transcurso de la I Legislatura por SÁINZ MORENO, Fernando: «La Asamblea de Madrid», en el colectivo coordinado por GÓMEZ-FERRER MORANT: «Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 23 a 75; basado en una perspectiva predominantemente jurídico-formal, analiza el período comprendido desde su constitución, en junio de 1983, hasta el 31 de diciembre de 1986.

<sup>146</sup> En efecto, «Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid» intentó paliar desde su fundación la carencia denotada, configurando un epígrafe específico —«Crónica de Actividad Parlamentaria»— en orden a hacer un puntual seguimiento de la actividad de la Cámara que suministre al lector una información ágil y concisa, debidamente sistematizada, de la misma. *Vid.*, ARÉVALO GUTIÉRREZ: «Las leyes de la Asamblea de Madrid», número 1, junio 1999, páginas 147 a 188; ARÉVALO GUTIÉRREZ: «La consolidación de una institución representativa: doce años de andadura de la Asamblea de Madrid (1983-1995)», número 2, diciembre 1999, *op. cit.*; ARÉVALO GUTIÉRREZ: «La IV Legislatura de la Asamblea de Madrid», número 3, junio 2000, páginas 181 a 204; ARÉVALO GUTIÉRREZ: «El primer año de la V Legislatura de la Asamblea de Madrid», número 4, diciembre 2000, páginas 229 a 253; DE ALBA BASTARRECHEA: «La Actividad Parlamentaria del segundo año de la V Legislatura de la Asamblea de Madrid», número 5, diciembre 2001, páginas 145 a 173; CID VILLAGRASA: «Las tácticas parlamentarias del tercer año de la V Legislatura de la Asamblea de Madrid», número 6, junio 2002, páginas 157 a 189; NIETO LOZANO, Ángeles, TORRES FERNÁNDEZ, Raquel, y SOUSA BARRERA, Ricardo: «La actividad parlamentaria de julio a diciembre de 2002 (V Legislatura)», número 7, diciembre 2002, páginas 241 a 262; NIETO LOZANO, TORRES FERNÁNDEZ y SOUSA BARRERA:

sobre la actividad parlamentaria autonómica han comenzado a desarrollarse.

La resultante es que disponemos hoy de distintas aportaciones que, en diversa y desigual medida, han atenuado el referido «olvido doctrinal»<sup>147</sup>.

«La actividad parlamentaria de enero a 9 de junio de 2003 (V Legislatura)», número 8, junio 2003, páginas 324 a 343; NIETO LOZANO, TORRES FERNÁNDEZ y GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel José: «La actividad parlamentaria de 10 de junio a 11 de noviembre de 2003 (VI Legislatura)», número 9, diciembre 2003, páginas 317 a 354; NIETO LOZANO, TORRES FERNÁNDEZ y GARCÍA ÁLVAREZ: «La actividad parlamentaria de 12 de noviembre a 31 de diciembre de 2003 (VII Legislatura)», número 10, junio 2004, páginas 241 a 277; NIETO LOZANO y GARCÍA ÁLVAREZ: «La actividad parlamentaria de enero a junio de 2004 (VII Legislatura)», número 11, diciembre 2004, páginas 207 a 246; y NIETO LOZANO y GARCÍA ÁLVAREZ: «La actividad parlamentaria de julio a diciembre de 2004 (VII Legislatura)», número 12, junio 2005, páginas 359 a 389.

Asimismo, en la propia Revista —con referencia, en lo que sigue, a su número, omitiendo su respectiva fecha de publicación; concretada en el párrafo anterior— se contienen diversos trabajos específicos o centrados en el régimen jurídico de la Asamblea de Madrid.

Por un lado, las siguientes «Notas y Dictámenes»: LUCIO GIL: «La Mesa de la Asamblea de Madrid», número 1, páginas 69 a 104; MARAZUELA BERMEJO: «El régimen económico y presupuestario de la Asamblea de Madrid», número 1, páginas 105 a 143; MARAZUELA BERMEJO: «El régimen económico y presupuestario de la Asamblea de Madrid (II parte)», número 2, páginas 103 a 138; DE ALBA BASTARRECHEA: «El Régimen Jurídico del Personal al servicio de la Asamblea de Madrid», número 2, páginas 139 a 153; DEL PINO CARAZO: «Comparecencias ante las Comisiones de la Asamblea de Madrid», número 2, páginas 155 a 188; y DE ALBA BASTARRECHEA: «Estatuto de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas», número 12, páginas 85 a 114.

De otro, dos «Estudios»: COROMINAS ETCHEGARAY, Paulina: «El derecho de petición ante la Asamblea de Madrid», número 6, páginas 15 a 24; y GRECIET GARCÍA: «Posición constitucional de las Comisiones de Investigación y protección de los derechos de los cooperantes», número 10, páginas 53 a 156.

Finalmente, cabe hacer referencia a los siguientes trabajos de «Documentación»: ARÉVALO GUTIÉRREZ, GONZÁLEZ-SANTANDER GUTIÉRREZ, Luis Eduardo; y NIETO LOZANO: «Procesos ante el Tribunal Constitucional contra leyes y actos de la Asamblea de Madrid», número 1, páginas 191 a 199; MARAZUELA BERMEJO y NIETO LOZANO: «Las mociones en la Asamblea de Madrid», número 3, páginas 207 a 254; GONZÁLEZ-SANTANDER GUTIÉRREZ: «Los fondos bibliográficos parlamentarios de la Biblioteca de la Asamblea de Madrid: catálogo de monografías», número 6, páginas 193 a 318; NIETO LOZANO, TORRES FERNÁNDEZ y SOUSA BARRERA: «Análisis documental de series del Archivo de la Asamblea de Madrid (Parte I)», número 6, páginas 319 a 363; BODEGA SANTANDER, Francisco Javier: «Parlamento y nuevas tecnologías», número 7, páginas 265 a 278; VALVERDE NAVARRO, María Luisa; y ORDÓNEZ DOMÍNGUEZ, Julio: «La Oficina de Control Presupuestario», número 8, páginas 347 a 371; CID VILLAGRASA: «Los Consejos Asesores de la Comunidad de Madrid en los que participa la Asamblea de Madrid», número 9, páginas 357 a 388; MARAZUELA BERMEJO: «Diccionario-Guía sobre desarrollo de la presidencia, tramitación de asuntos y ordenación de los debates en las Comisiones», número 10, páginas 359 a 424; y CARPIO CASTAÑO, Fernando: «La cuestión sindical en la Asamblea de Madrid», número 11, páginas 249 a 253.

Por último, a efectos documentales, notable interés reviste la publicación «Memoria de Actividad Parlamentaria» de la Asamblea de Madrid. Los datos que se recogen en el presente trabajo están tomados, en su mayoría, de dicha publicación periódica, elaborada por la Sección de Archivo de la Cámara.

<sup>147</sup> En efecto, desde 1999, al margen del Especial Monográfico «La Asamblea de Madrid: dos décadas de Parlamento autonómico», antes citado, así como de los diferentes trabajos publicados en los sucesivos números de «Asamblea, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid», han visto la luz distintas aportaciones.

Presupuesto lo anterior, es preciso afirmar que el interés por la evolución de la dinámica del Parlamento autonómico adquiere no ya sólo trascendencia para la ciudadanía de Madrid, sino que, desde una perspectiva jurídico-constitucional global se manifiesta de especial relevancia. Sirva al respecto ponderar las siguientes tres circunstancias.

Primera, conforme destacara LÓPEZ GUERRA, el hecho de que en la Comunidad de Madrid las peculiares condiciones políticas en que se desarrolló la autonomía permiten hablar de «la presencia continuada de un cierto *parlamentarismo de consenso*, que se manifiesta en formas muy diversas: entre ellas, en una relevancia de la Asamblea poco frecuente en el parlamentarismo autonómico y, aún más, en el parlamentarismo en general»<sup>148</sup>.

En 1999, la obra colectiva, anteriormente citada, «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», incorporó un análisis descriptivo y referido a la situación vigente a partir de la aprobación del Reglamento de la Cámara de 1997. En la versión de 2003 de la propia obra colectiva, dicho trabajo, debido a MOLLINEDO CHOCANO, se incorpora como Capítulo 11, «La Asamblea de Madrid. Organización y funcionamiento», páginas 203 a 255. En esta segunda versión, además, el Capítulo 12, páginas 239 a 255, lo dedica DE ALBA BASTARRECHEA al estudio de «El estatuto de los Diputados de la Asamblea de Madrid».

De MOLLINEDO CHOCANO, asimismo: «Las peculiaridades del control parlamentario en la Asamblea de Madrid», en la obra colectiva, coordinada por ELVIRA PERALES, Ascensión, y GONZÁLEZ AYALA, María Dolores: «Nuevos retos del control parlamentario: Comunidades Autónomas y Unión Europea», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2000, páginas 33 a 44. En esta misma obra se recoge, asimismo, un interesante «Debate» sobre las peculiaridades del control parlamentario en las Comunidades Autónomas, moderado por la profesora GONZÁLEZ AYALA y muy centrado en el caso de la Asamblea de Madrid, en el que se reproducen las intervenciones de BLANCO VALDÉS, TRUJILLO RINCÓN, VINTRÓ I CASTELL, ARÉVALO GUTIÉRREZ, BELDA, VILLANUEVA GONZÁLEZ, ÁLVAREZ DURANTE, SANZ ARRANZ, ASTARLOA HUARTE-MENDICOA y AGUIAR DE LUQUE, páginas 129 a 205.

En 2003, con motivo del XX Aniversario del Estatuto de Autonomía, se publicó la obra, citada anteriormente, dirigida por ÁLVAREZ CONDE: «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid» (El apartado A) de su Tercera Parte está, específicamente, dedicado a la Asamblea de Madrid, incorporándose siete trabajos, uno de ellos relativo al sistema electoral —que será considerado en el Capítulo III de esta obra—. Son los siguientes: MOLLINEDO CHOCANO, «Capítulo XIII. La Asamblea de Madrid. Reflexiones a los veinte años del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», páginas 333 a 355; RIPOLLÉSSE-RRANO, «Capítulo XV. Estructura y funcionamiento de la Asamblea de Madrid», páginas 369 a 384; NAVAS CASTILLO, Florentina, «Capítulo XVI. La tipología de las Comisiones parlamentarias en la Asamblea de Madrid», páginas 385 a 402; MERINO NORVERTO, María, «Capítulo XVII. El estatuto de los parlamentarios de la Asamblea de Madrid», páginas 403 a 426; REBOLLEDO DELGADO, Lucrecio, «Capítulo XVIII. La Junta de Portavoces de la Asamblea de Madrid», páginas 427 a 446; y GONZALO GONZÁLEZ, Manuel, «Capítulo XIX. Las funciones de la Asamblea de Madrid», páginas 447 a 467.

Desde una perspectiva sociológica resulta también de interés el Capítulo II: «Representación política: diputados y Asambleas», elaborado por BAYÓN, Ricardo, y LÓPEZ NIETO, Lourdes, para la obra colectiva «La Comunidad de Madrid. Balance de quince años de experiencia autonómica», editado por LÓPEZ NIETO, Ediciones Istmo, S.A., 1999, páginas 48 a 86.

<sup>148</sup> Cfr. LÓPEZ GUERRA: «La organización de los poderes públicos autonómicos. La forma de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid», Capítulo 9 de la obra colectiva, siempre citada en su segunda versión, «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comu-

Segunda, destaca de manera especial el desarrollo de las labores legislativa y de control, con un volumen cuantitativo de actividad parlamentaria notable y unas cifras en constante aumento, especialmente en el ámbito de la fiscalización o control parlamentario. Además, en el caso de la actividad legislativa, pese a haber sido una de las últimas Comunidades en constituirse, el volumen de lo legislado<sup>149</sup> la ha situado en el panorama comparado sólo detrás del Parlamento de Navarra y del Parlamento de Cataluña<sup>150</sup> —dato que es especialmente relevante si consideramos que éstos han venido regulando, obviamente, sobre un número mayor de competencias y algunas, como las tributarias, de especial peso legislativo—.

Tercera, y la que mayor relevancia tiene, la trascendencia, no ya sólo mediática y política, sino jurídico-constitucional, de algunos fenómenos acaecidos en su desarrollo. Como prueba de lo afirmado, sirva traer aquí a colación, a título de mero ejemplo, los siguientes:

1º.— La dinámica de los Grupos Parlamentarios y, en especial, la del Grupo Mixto durante su I, II, IV y VI Legislaturas —no en balde en los medios de comunicación se ha calificado al Parlamento regional como «laboratorio del transfuguismo»—.

La referida dinámica, a mayor abundamiento, se encuentra en el origen de la trascendente Doctrina constitucional sobre la distribución de puestos en las comisiones parlamentarias y la determinación de las subvenciones de los Grupos Parlamentarios<sup>151</sup>. Lo anterior es

idad de Madrid», *op. cit.*, páginas 159 a 174. La cita se recoge de la página 171, exponiéndose en las páginas 172 a 174 algunas líneas maestras del funcionamiento de la forma parlamentaria del Gobierno de Madrid.

<sup>149</sup> Al respecto, véase ARÉVALO GUTIÉRREZ: «Las leyes de la Asamblea de Madrid», *op. cit.*. Del propio autor, con carácter general: «La fuerza de ley de las leyes emanadas de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas», *op. cit.*

<sup>150</sup> El dato de referencia lo recogemos de ARÉVALO GUTIÉRREZ, MARAZUELA BERMEJO y DEL PINO CARAZO: «Los reglamentos de los Parlamentos autonómicos», *op. cit.*, páginas 66 y 67, donde se contiene una tabla con precisión en detalle respecto de cada Comunidad Autónoma.

<sup>151</sup> De especial significación, en este sentido, resulta la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 214/1990, de 20 de diciembre —Ponente: Sr. de la VEGA BENAYAS— (*Boletín Oficial del Estado* número 9, de 10 de enero de 1991), recaída en el recurso de amparo 827/1988, interpuesto por el entonces Diputado de la Asamblea de Madrid (II Legislatura), D. José Luis ORTIZ ESTÉVEZ, contra Acuerdos de la Junta de Portavoces y de la Mesa de la Asamblea de Madrid de 28 de enero y de 2 de febrero de 1988, respectivamente. La meritada Sentencia resolvió la inadmisión del amparo solicitado. Al respecto, *vid.* ARÉVALO GUTIÉRREZ, GONZÁLEZ-SANTANDER GUTIÉRREZ y NIETO LOZANO: «Procesos ante el Tribunal Constitucional contra leyes y actos de la Asamblea de Madrid», *op. cit.*, páginas 193 y 194.

Con carácter general, aunque el supuesto analizado se refiere específicamente a la IV Legislatura, es provechosa la consulta del «Dictamen de la Secretaría General de la Asamblea de Madrid sobre las repercusiones jurídico-parlamentarias de la creación del Grupo Parlamentario Mixto», ulteriormente publicado por GARCÍA MEXÍA en el número 46 de la Revista de las Cortes Generales, Primer Cuatrimestre 1999, con el título de «Problemas jurídico-parlamentarios de la creación de un Grupo Parlamentario Mixto», páginas 189 a 227.

predicable, haciéndolo extensivo, además, a la tesis del mandato imperativo y del desbloqueo de las listas electorales, al estudio del estatuto jurídico de los Diputados o a la designación de miembros de Consejos; cuestiones que se han apuntado como improrrogables por parte de las fuerzas políticas tras los consabidos acontecimientos que se vivieron a partir de la celebración de las elecciones de 25 de mayo de 2003, durante la fugaz VI Legislatura.

2º.— La distribución del número de Senadores de la Comunidad Autónoma que corresponde proponer a cada Grupo Parlamentario y el establecimiento de un procedimiento para su designación que asegure, en todo caso, la adecuada representación proporcional, conforme a lo dispuesto por el artículo 69.5 de la Constitución.

La meritada cuestión fue origen, asimismo, de la jurisprudencia constitucional en la materia, delimitando los criterios de proporcionalidad<sup>152</sup>.

3º.— La aprobación, sin base estatutaria inicial, de la Ley 5/1990, de 17 de Mayo, reguladora de la Facultad de Disolución de la Asamblea de Madrid por el Presidente de la Comunidad.

La citada disposición legal resultó convalidada ulteriormente, por medio de la reforma del Estatuto de Autonomía operada por la Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, optando el Legislador de forma inequívoca por el reconocimiento de la facultad de disolución del Presidente en su artículo 21 y, en consecuencia, por la recepción expresa de tan particular *statu quo ante*<sup>153</sup>.

4º.— La aplicación, por vez primera en la Historia de nuestro Derecho Parlamentario y Constitucional, de la disolución sancionatoria *ope legis* que dilucidan los artículos 18.5 y 6 del Estatuto y 184.2 del Reglamento de la Asamblea y, asimismo, recogen de manera heterogénea los distintos Estatutos de Autonomía.

<sup>152</sup> *Cfr.*, al respecto, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 4/1992, de 13 de enero (*Boletín Oficial del Estado* número 38, de 13 de febrero de 1992), dictada en el recurso de amparo 1.724/1991, promovido por el Grupo Parlamentario Popular de la Asamblea de Madrid contra los Acuerdos de la Mesa de 8 de julio de 1991 y del Pleno de la misma del día 16 siguiente, relativos a distribución del número de Senadores que corresponde a cada Grupo Parlamentario y su designación. La Sentencia denegó el amparo solicitado. *Vid.* ARÉVALO GUTIÉRREZ, GONZÁLEZ-SANTANDER GUTIÉRREZ y NIETO LOZANO: «Procesos ante el Tribunal Constitucional contra leyes y actos de la Asamblea de Madrid», *op. cit.*, página 194.

<sup>153</sup> Sin entrar, en este momento, en la valoración de la norma de referencia, confróntese el reconocimiento efectuado por la misma de la facultad de disolución de la Asamblea de Madrid con los artículos 10.1 y 18.5 del Estatuto de Autonomía, en su redacción originaria —esto es, la que estaba vigente cuando se aprobó—, del siguiente tenor literal, respectivamente: «La Asamblea de Madrid es elegida por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara, en el supuesto previsto en el artículo 18.5 del presente Estatuto.»; y «Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza de la Asamblea, quedará disuelta, convocándose de inmediato nuevas elecciones.».

El efecto jurídico producido por dicha aplicación ha comportado otras cuestiones colaterales que han concurrido y que reclaman y serán, a buen seguro, retomadas o, en su novedad, jurídicamente diseccionadas con enjundia por la Doctrina. Entre estas cuestiones, pensamos, como mero apunte: en la defensa del Parlamento no frente a otros Poderes, sino *ad intra*; en la delimitación de las facultades de las Mesas de Edad durante el desarrollo de una sesión constitutiva; en la figura del Diputado no adscrito; en el alcance del mandato imperativo; en la cuestión de la ausencia de candidatos a la Presidencia de la Comunidad por falta de propuesta de los Grupos Parlamentarios y, en este supuesto, la posición y facultades de la Presidencia de la Cámara; en la funcionalidad de las Comisiones de Investigación; en la posición del Gobierno en funciones, sus competencias y límites, incluida la posibilidad de su Presidente de proceder al cese y nombramiento de nuevos Consejeros; o en la situación de simultaneidad de los cargos en funciones y sus repercusiones.

5º.— El problema, no resuelto, de la «Ley de Capitalidad»<sup>134</sup>.

Así es, no puede omitirse que desde que el Rey FELIPE II, en 1561, hiciera de la villa de Madrid la capital de sus Estados, también del Imperio, y sede de la Corte, la dinámica histórica de Madrid ha estado determinada por esta condición, y la misma no puede reputarse una mera reminiscencia histórica. En efecto, cuando menos en términos jurídicos, a día de hoy está pendiente la necesaria articulación de un régimen especial para la villa de Madrid, capital del Estado. Así lo acredita el propio Preámbulo de la, ya mencionada, Ley Orgánica 6/1982, de 7 de julio, por la que se autorizó la constitución de Madrid como Comunidad Autónoma, el cual disponía que la capitalidad «[...] exigirá en el futuro el tratamiento legal adecuado para dar respuesta al especial status que concurre en la villa de Madrid»; declaración programática que, en términos prescriptivos, se complementa con lo dispuesto por el vigente artículo 6 del Estatuto de Autonomía, en virtud del cual: «La villa de Madrid, por su condición de capital del Estado y sede de las Instituciones generales, tendrá un régimen especial, regulado por Ley votada en Cortes. Dicha Ley determinará las relaciones entre las Instituciones estatales, autonómicas y municipales, en el ejercicio de sus respectivas competencias».

6º.— Ha de recordarse, asimismo, el peculiar círculo normativo que empezó a trazarse con la aprobación de la Ley 15/1984, de 19 de

<sup>134</sup> Al respecto véanse AVEZUELA CÁRCCEL, Jesús: «Madrid, capital del Estado», Capítulo VIII de la obra colectiva «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 197 a 211; y ENTRENA CUESTA, Ramón: «La capitalidad de la Comunidad de Madrid», Capítulo 5 de los «Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid», *op. cit.*, páginas 91 a 101.

Diciembre, del Fondo de Solidaridad Municipal, conocida también como «Ley del 3 por ciento» —habida cuenta que su contenido normativo básico comportaba la imposición de un recargo de ese porcentaje sobre la cuota líquida del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas que tuvieran su domicilio, a efectos fiscales, en cualquiera de los municipios comprendidos dentro del territorio de la Comunidad de Madrid—, prosiguió con la atípica Ley 4/1985 —por la que se suspendió la aplicación de la anterior hasta que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto— y culminó con la cuadratura del círculo que supuso la Ley 10/1990, de 4 de diciembre, de derogación de la primera —Ley aprobada tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 15/1984<sup>135</sup>—.

7º.— En línea con lo inmediatamente apuntado, ha de dejarse constancia de algunas opciones, cuando menos, cuestionables desde el punto de vista de la técnica legislativa.

*Ad exemplum*, cabe citar el recurso generalizado, desde 1996, a las denominadas «leyes de acompañamiento», que se han convertido en auténticas «leyes anuales de modificación del ordenamiento jurídico autonómico», con la consecuente inseguridad y detrimento de la certeza del Derecho que produce una norma del género en los operadores jurídicos. Asimismo, no puede ignorarse la reiterada utilización, durante dilatados periodos, del expeditivo procedimiento de tramitación de proyectos de ley en lectura única, cercenando el debate entre los Grupos Parlamentarios. Por último, con carácter anecdótico mas no baladí, recuérdese la modificación parcial del régimen jurídico de «Radio-Televisión Madrid» operada en 1991 mediante tres leyes puntuales, distintas y separadas, que fueron tramitadas, aprobadas y

<sup>135</sup> La Sentencia, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* número 266, de 6 de noviembre, se dictó en los recursos de inconstitucionalidad, acumulados, números 243 y 257/1985, promovido el primero por 54 Diputados, representados por el Comisionado D. José María RUIZ-GALLARDÓN, y el segundo por el Defensor del Pueblo; el Fallo desestimó los recursos de inconstitucionalidad. Resulta ineludible al considerar la meritada Sentencia hacer referencia a los tres votos particulares formulados por los Magistrados D. Francisco RUBIO LLORENTE, D. Miguel RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER y D. José GABALDÓN LÓPEZ, especialmente al primero de ellos, donde el Magistrado disidente, con rotundidad y fértil razonamiento, destacaba la brecha que la decisión de referencia podía abrir sobre la función misma del Supremo Interpretador de la Constitución: al dejar el juicio de la mayoría del Alto Tribunal «abierto la posibilidad de que todos y cada uno de los dieciocho Cuerpos Legislativos existentes en nuestro país desnaturalicen la función propia de este Tribunal, reintroduciendo (generalizado ya a todo tipo de leyes) el recurso previo, cada vez que la coyuntura política lo haga deseable».

Para una valoración de la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1990 es ineludible la consulta de las consideraciones de AHUMADA RUIZ, María Ángeles: «Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de leyes «presuntamente» inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 11, mayo-agosto 1991, páginas 159 a 185.



publicadas oficialmente de forma simultánea: no ya la lógica, sino el simple sentido común conducen a afirmar la conveniencia de haber procedido aprobando una ley única de modificación de los artículos 4.6, 6.1, 6.2 y 10 de la Ley 13/1984<sup>159</sup>.

<sup>159</sup> En efecto, el texto originario de la Ley 13/1984, de 30 de junio, de Creación, Organización y Control Parlamentario del Ente Público «Radio Televisión Madrid» —publicado en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 158, de 4 de julio de 1984; con corrección de errores en el *Boletín Oficial* número 165, del siguiente día 12 de julio; ulteriormente reproducido en el *Boletín Oficial del Estado* número 181, de 30 de julio, página 22.226 y siguientes—, fue objeto de modificación parcial por tres leyes que siguieron una tramitación paralela y fueron aprobadas en la misma sesión parlamentaria, resultando editadas todas ellas en el *Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid* número 172, de 22 de julio de 1991 —y luego en el *Boletín Oficial del Estado* número 208, de 30 de agosto, página 28.754—. En concreto: la Ley 11/1991, de 16 de julio, de modificación del artículo 4.6; la Ley 12/1991, de 16 de julio, de modificación de los artículos 6.2 y 10; y la Ley 13/1991, de 16 de julio, de modificación del artículo 6.1.

## JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. PROCEDIMIENTO ORDINARIO, INICIACIÓN, PLAZO Y LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL ESCRITO

POR  
M<sup>a</sup>. ISABEL CADENAS GARCÍA  
ABOGADA DEL ESTADO

**SUMARIO:** 1. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO. 1.1. Introducción. 1.2. El acto de iniciación del procedimiento ordinario. 1.2.1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. 1.2.2. La demanda. Casos en que el procedimiento ordinario se debe o puede iniciar con la misma. 1.3. Formalidades. 1.3.1. Contenido. 1.3.1.1. Contenido del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. 1.3.1.2. Contenido del escrito de demanda cuando el procedimiento se inicia mediante la misma. 1.3.2. Forma. 1.3.2.1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. Documentos que han de acompañarlo. 1.3.2.2. Examen de oficio de la validez de la comparecencia. Subsanación de defectos. 1.3.2.3. El escrito de demanda cuando el procedimiento se inicia con la misma. 2. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. 2.1. Sujeción de la presentación del recurso contencioso-administrativo a los plazos establecidos en la Ley. 2.2. Plazos que establece la Ley. 3. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

### 1. LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

#### 1.1. Introducción

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA) sujeta el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa o, dicho en los términos que resultan de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como las demás leyes procesales que regulan el acceso a los demás órdenes jurisdiccionales, a unas formalidades o requisitos y a unos plazos.

El Tribunal Supremo ya había indicado<sup>1</sup>, durante la vigencia de la anterior Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que el legislador parte del principio de que las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, y no como

<sup>1</sup> STS de fecha 24 de abril de 1984, Ar. 2575.

obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.

En ese mismo sentido, nuestro alto Tribunal explica, en sentencia de fecha 20 de octubre de 2004, Ar. 6458, en relación con la vigente LJCA, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que en otras sentencias anteriores, ha recordado, en la de fecha 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003\61), Caso Stone Court Shipping Company, SA contra España, que el establecimiento y regulación, por la correspondiente Ley, esto es, la LJCA, de las formalidades y plazos a cumplir para presentar un recurso contencioso-administrativo trata de garantizar la buena administración de la justicia y, concretamente, el respeto del principio de seguridad jurídica.

De la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dice el mismo, se desprende que el «derecho a un tribunal», del que el derecho de acceso no constituye sino un aspecto concreto, «no es absoluto y se presta a limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en cuanto a las condiciones de admisibilidad de un recurso, ya que requiere por su propia naturaleza una reglamentación del Estado, el cual goza al respecto de cierto margen de valoración».

Sin embargo, sigue diciendo el referido Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las limitaciones que tal regulación comporta no pueden restringir el acceso abierto a un justiciable de forma o hasta un punto tal que su derecho a un tribunal se vea vulnerado en su propia sustancia; y, en fin, que solamente se concilian con el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales (RCL 1979\2421), que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, si tienden a un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido.

La verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos materiales y procesales del acto de acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa, indican el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2004 (RTC 2004\154), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de fecha 28 de octubre de 2003, es una cuestión de legalidad, cuya resolución corresponde a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el art. 117.3 CE, pues es facultad propia de la jurisdicción ordinaria determinar cuál sea la norma aplicable al supuesto controvertido (por todas, SSTC 147/1997, de 16 de septiembre [RTC 1997\147], F. 2; 39/1999, de 22 de marzo [RTC 1999\39], F. 3; 122/1999, de 28 de junio [RTC 1999\122], F. 2; y 158/2000, de 12 de junio [RTC 2000\158], F. 5).

Ahora bien, el Tribunal Constitucional también afirma en la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2004 (RTC 2004\154) que «se exceptúan de tal regla aquellos supuestos en los que la interpretación efectuada por el órgano judicial de esta normativa sea arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente y asimismo, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en los que dicha normativa se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican. Dicha ampliación de los cánones de control constitucional es consecuencia de la mayor intensidad con que se proyecta el principio *pro actione* cuando lo que está en juego, como aquí ocurre, es la obtención de una primera decisión judicial (SSTC 37/1995, de 7 de febrero [RTC 1995\37], F. 5; 36/1997, de 25 de febrero [RTC 1997\36], F. 3; 119/1998, de 4 de junio [RTC 1998\119]; y 122/1999, de 28 de junio [RTC 1999\122], F. 2, por todas), toda vez que dicho principio opera en este caso sobre los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 63/1999, de 26 de abril [RTC 1999\63], F. 2, y 158/2000, de 12 de junio [RTC 2000\158], F. 5, entre otras muchas)».

El Tribunal Constitucional lo que puede hacer, por tanto, como indica la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2003 RTC 2003\222, es examinar desde la perspectiva del art. 24.1 CE la interpretación y aplicación judicial de las normas sobre los presupuestos y requisitos materiales y procesales del acceso a la justicia.

En el mismo sentido pero con referencia al artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se pronuncia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declara, en la misma sentencia ya referida de fecha 28 de octubre de 2003 (TEDH 2003\61), Caso Stone Court Shipping Company, SA contra España, que «el papel del Tribunal se limita a verificar la compatibilidad con el Convenio (RCL 1999\1190 y 1572) de los efectos de dicha interpretación», esto es, de interpretación la que efectúan los órganos judiciales nacionales.

Por esta razón se hace referencia no sólo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino también a los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las formalidades, plazos y lugar de acceso a la jurisdicción, que son las materias que nos ocupan.

## 1.2. EL ACTO DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El procedimiento ordinario se inicia con la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo excepto en aquellos casos en que la LJCA prevé que se deba o se pueda iniciar directamente con la demanda.

### 1.2.1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo

Del artículo 45.1 de la LJCA resulta que el recurso contencioso-administrativo, cuando se ha de tramitar por el procedimiento ordinario o, como indica la misma, en primera o única instancia, se inicia por un escrito en que se solicita que se tenga por interpuesto el recurso.

Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 21 de julio de 2003, Ar. 5972, «en el proceso administrativo ordinario se distingue tradicionalmente entre el escrito de iniciación o de «interposición» y el escrito que contiene la pretensión al que la Ley de la Jurisdicción denomina demanda».

En este sentido, indica nuestro alto Tribunal, en sentencia de fecha 20 de noviembre de 1995, Ar. 5564 que «el escrito de interposición del recurso es el acto procesal que delimita los elementos personales y objetivos del proceso contencioso, constituyendo, por el contrario, la demanda la simple formalización de aquél, a través de la exposición de los hechos determinantes del mismo y la fundamentación jurídica de las pretensiones que, con motivo de dicha interposición, se postulan».

La Ley, al efectuar dicha distinción, se separa de la terminología que emplea la doctrina<sup>2</sup> que considera que la demanda es el acto de iniciación del proceso y que, por ello, lo que se denomina escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo es la verdadera demanda, y lo que se denomina demanda es el acto de alegaciones en el que se formula la pretensión.

Así lo pone de manifiesto el propio Tribunal Supremo en alguna sentencia, como la de fecha 7 de julio de 1994, Ar. 5780, que indica que se ha de considerar que, al ser el recurso contencioso-administrativo una institución procesal, mediante la cual se tiende a la satisfacción de las pretensiones fundadas en derecho, que un sujeto

<sup>2</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

—demandante—, esgrime frente a otro —demandado—, es lógico que se inicie normalmente mediante un acto procesal del que solicita la actuación a tal fin del Órgano Jurisdiccional —escrito de interposición del recurso—. Lo que la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ..., denomina «demanda» no lo es en un sentido técnico, sino un escrito en que el «demandante» formula una concreta «pretensión procesal», a través de la alegación de la «causae petendi» y del «petitum» que en aquella se formula. La pretensión contencioso-administrativa, en sus dos momentos procesales diferenciados —interposición y formalización—, logra su último efecto mediante el escrito que la Ley Jurisdiccional denomina «demanda».

Pero aún cuando la LJCA denomina demanda al escrito en que se contiene la pretensión, el escrito de interposición del recurso produce, según resulta de la misma, parte de los efectos de una demanda. Así, por ejemplo, se pronuncia el Tribunal Supremo<sup>3</sup> sobre la conformidad a derecho de la medida cautelar adoptada por auto del órgano jurisdiccional competente para que se lleve a cabo la práctica, sobre una parcela adjudicada a la entidad recurrente en virtud de acuerdo de un Ayuntamiento por el que se aprobó definitivamente el proyecto de reparcelación de una unidad de ejecución única, de anotación preventiva del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo presentado por las sociedades adjudicatarias interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento antes indicado, no del escrito de demanda.

La doctrina<sup>4</sup> explica que esa forma de iniciación del proceso contencioso-administrativo diferente de la iniciación del proceso civil que principia por demanda en que se contiene la pretensión se ha justificado tradicionalmente en la necesidad de que se dé traslado del expediente administrativo al recurrente para que pueda conocer las razones en que se basó la actuación de la Administración y ejercitar sus pretensiones formulando las alegaciones en que se funden dichas pretensiones a la vista del mismo.

Algunos autores<sup>5</sup> han puesto de manifiesto la mayor facilidad que, en orden a conocer el contenido del expediente administrativo, comporta el reconocimiento, en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992, de 26

<sup>3</sup> STS de fecha 13 de junio de 2002, Ar. 5429.

<sup>4</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

<sup>5</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (en adelante LRJ-PAC) del derecho de los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en que tengan la condición de interesados, y a obtener las copias de los documentos contenidos en ellos, destacando que dicho reconocimiento constituye un avance considerable con respecto a la situación existente con anterioridad.

Pues bien, el conocimiento del expediente administrativo que el ejercicio de ese derecho puede comportar, unido al que deriva del trámite de audiencia que se ha de dar a los interesados una vez instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, determina la posibilidad de que el interesado haya podido conocer si no en su totalidad sí, al menos, en gran parte el expediente administrativo antes de interponer el recurso contencioso-administrativo.

En la medida en que la LJCA es posterior a la LRJ-PAC, por lo que se puede entender que la tiene en cuenta, la mayor facilidad que, para el conocimiento del expediente administrativo, supone la regulación de la LRJ-PAC permite que la LJCA prevea que el procedimiento ordinario se puede iniciar mediante demanda en los casos contemplados en ella. En cambio, cuando el procedimiento ordinario se inicia en virtud del escrito de interposición se puede considerar que la LJCA pretende garantizar que el recurrente pueda tener, en cualquier caso, a la vista el expediente administrativo y ejercitar sus pretensiones teniendo conocimiento de todo su contenido.

El Tribunal Supremo, atendiendo a lo establecido en la LJCA entiende, en la misma sentencia de fecha 21 de julio de 2003, Ar. 5972 ya referida, que la interposición del recurso es, por tanto, el acto de parte por el que el actor se limita a solicitar del órgano judicial la iniciación del proceso y a que se le considere como demandante, quedando para un momento posterior, el de presentación de la demanda, la formulación de la pretensión, que se ha de contener en ella, siendo dicho acto, por su naturaleza, como indica la doctrina<sup>6</sup> un acto procesal. Como indicaba nuestro alto Tribunal<sup>7</sup> durante la vigencia de la anterior Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la interposición del recurso contencioso-administrativo es «el acto de parte que marca la directriz de esta clase de procesos, constituyen-

<sup>6</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

<sup>7</sup> SSTs de fechas 16 de diciembre de 1981, Ar. 5422; 15 de diciembre de 1982, Ar. 7999

do su contenido los parámetros objetivos y subjetivos de la relación jurídica de esta naturaleza».

### 1.2.2. La demanda. Casos en que el procedimiento ordinario se debe o puede iniciar con la misma

La LJCA contempla unos supuestos en los que el procedimiento ordinario se debe o se puede iniciar con la demanda, que son los que se tratan, ya que es la iniciación del procedimiento ordinario la que constituye la materia objeto de este trabajo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.5. de la LJCA, el recurso que la propia Administración autora de un acto puede interponer contra el mismo demandando su anulación, después de haberlo declarado previamente lesivo para el interés público, esto es, el denominado recurso de lesividad se iniciará por demanda.

La doctrina<sup>8</sup> pone de manifiesto que «al ser la demandante la propia Administración autora del acto, se encuentra en condiciones de formular su pretensión anulatoria y de fundar dicha pretensión, justificando la disconformidad a Derecho de ese acto y acreditando la lesión sufrida por el interés público».

Además, la Exposición de Motivos de la LJCA indica que «en la línea de procurar la rápida resolución de los procesos, la Ley arbitra varias facultades en manos de las partes o del órgano judicial, tales como la posibilidad de iniciar el recurso mediante demanda en algunos casos».

Esa posibilidad se concreta en el artículo 45.5 que permite que el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados pueda iniciarse por demanda.

El interesado en recurrir contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados no está obligado a iniciar el procedimiento por demanda pero puede hacerlo. En este caso, se puede entender que, al no existir terceros interesados que puedan haber aportado datos distintos a los presentados por él mismo o por la propia Administración autora de la actuación que se recurre, puede ejercitar sus pretensiones a la vista de los suyos propios que él conoce y de los de la Administración en virtud de los que recurre.

<sup>8</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Inurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

Cuando se inicia el procedimiento ordinario por demanda dirigida contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que se considere que no existen terceros interesados, de acuerdo con el artículo 48.2 de la LJCA no se reclamará el expediente, puesto que la demanda se ha formulado ya, sin perjuicio de que cuando el recurso contra una disposición general se hubiere iniciado por demanda, el Tribunal pueda recabar, de oficio o a petición del actor el expediente de elaboración que, una vez recibido se ha de poner de manifiesto a las partes por cinco días para que formulen alegaciones.

En relación con esta posibilidad la doctrina<sup>9</sup> ha destacado que se puede suscitar la cuestión de que aparezcan terceros interesados con posterioridad a la presentación de la demanda. A este respecto, se puede señalar que el artículo 47.2 prevé que, en el caso en que se hubiere iniciado el recurso mediante demanda por no existir terceros interesados, debe procederse a la publicación del anuncio de interposición de aquél, en el que se concederán quince días para la personación de quienes tengan un interés legítimo en sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta impugnados y que transcurrido este plazo, se procederá a dar traslado de la demanda y de los documentos que la acompañen para que sea contestada primero por la Administración y luego por los demás demandados que se hubieren personado.

Sin embargo, se pone de manifiesto por la doctrina que ha suscitado la cuestión que se trata que, cuando tales terceros interesados existían con anterioridad a la presentación de la demanda, era obligado emplazarlos personalmente. Por ello, si se personan a tiempo para contestar a la demanda, se les puede dar traslado de la demanda y de los documentos que la acompañan para que la misma sea contestada. Pero si no es así, se entiende que la falta de emplazamiento personal, aún a pesar de la aplicación del artículo 47.2, puede llegar a dar lugar a la nulidad de actuaciones cuando concurren las condiciones que nuestros Tribunales de Justicia exigen<sup>10</sup> para que se pueda apreciar la misma por falta de emplazamiento personal, y hacerse valer la nulidad de actuaciones, en su caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

<sup>9</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

<sup>10</sup> Se pueden resumir indicando que el emplazamiento debiera efectuarse y pudiera efectuarse por ser los interesados identificables, que no se llevara a cabo una actividad conducente a asegurar la comparecencia de los interesados en el proceso, y la falta de emplazamiento produjera una real y efectiva indefensión.

En cambio, de acuerdo con lo mantenido por el Tribunal Constitucional<sup>11</sup>, se precisa por la doctrina que la obligación de emplazar personalmente no incluye a los que, después de haberse resuelto el procedimiento administrativo e iniciado el proceso contencioso, adquieren fuera de él la antedicha cualidad en virtud de actos posteriores y derivados del que es objeto del proceso.

Una parte de la doctrina<sup>12</sup> propone, para evitar situaciones de indefensión de terceros interesados cuya existencia conste en el expediente, que se produzca una mayor comunicación entre la Administración y su representante en juicio para que aquella pueda aportar a éste todos los datos necesarios uno de los cuales puede ser la existencia, en su caso, de terceros interesados, y que el artículo 48.2, que dispone, como ya se indicó, que no se reclamará el expediente, se interprete en el sentido de que no es obligado reclamarlo pero que puede efectuarse su reclamación se entiende que, para que, a la vista del mismo, se pueda comprobar que no constan en él terceros interesados o, si existen, para que los mismos puedan ser emplazados.

### 1.3. FORMALIDADES

Los actos de iniciación del procedimiento ordinario se sujetan, por la Ley, al cumplimiento de una serie de formalidades o requisitos. En efecto, tales actos han de tener el contenido que especifica el artículo 45 de la LJCA, han de ajustarse a una determinada forma, y efectuarse dentro de los plazos y en el lugar que señalan las Leyes. Se exponen a continuación el contenido que han de tener los actos de iniciación del procedimiento ordinario y la forma que han de revestir, siendo objeto de un tratamiento separado los plazos y el lugar en el que han de producirse.

#### 1.3.1. Contenido

##### 1.3.1.1. Contenido del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo

El acto procesal consistente en solicitar del órgano jurisdiccional la iniciación del proceso se materializa, excepto en aquellos casos en

<sup>11</sup> STC 113/1998, de 1 de junio (RTC 1998\113).

<sup>12</sup> Iñaki Agirreazkuenga, Jerónimo Arozamena Sierra, Javier Barnés Vázquez, Carmen Chinchilla Marín, Diego Córdoba Castroverde, Francisco Delgado Piqueras, Antonio Embid Irujo, Pablo García Manzano, Nicolás González-Deleito, Jesús Leguina Villa, Encarnación Montoya Martín, Luis Ortega Álvarez, Fernando, Miguel Sánchez Morón, Joaquín Tornos Más dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid 1999.

que principia por demanda, en un escrito, en el que, además de instar que se tenga por interpuesto el recurso, se prevé, en el artículo 45 de la LJCA, y así lo reconoce el Tribunal Supremo<sup>13</sup>, que se identifique, mediante su cita, la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne, todo ello salvo cuando la Ley disponga otra cosa.

La cita de la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho se considera fundamental por nuestro alto Tribunal<sup>14</sup> ya que, según el mismo<sup>15</sup>, la función del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo es precisamente, en lo que ahora importa, la de identificar, de acuerdo con la vigente LJCA, dicha actuación. En efecto, explica el Tribunal Supremo<sup>16</sup> que «el escrito de interposición del recurso no sólo tiene por finalidad el demostrar que se ha recurrido ante el Tribunal en plazo legal y el de recabar los antecedentes precisos para formalizar la demanda, sino que también en dicho escrito es donde ha de señalarse con precisión cuál es la resolución contra la que se recurre, el objeto, naturaleza y alcance, para dejar así concretado el contenido del pleito».

La doctrina<sup>17</sup> pone de manifiesto que no es necesario que se fije, en el escrito de interposición del recurso, la cuantía del mismo, pues a diferencia del artículo 49 de la anterior LJCA que así lo disponía<sup>18</sup>, el artículo 40 de la vigente LJCA, determina que es el órgano jurisdiccional el que fijará la cuantía del recurso contencioso-administrativo una vez formulados los escritos de demanda y contestación, en los que las partes podrán exponer, por medio de otrosí, su parecer al respecto.

Se observa, sin embargo, que aunque sea en los escritos de demanda y contestación en los que se ha de exponer, por medio de otrosí, el parecer de las partes al respecto, la cuantía de ciertos actos la deter-

<sup>13</sup> STS de fecha 21 de julio de 2003, Ar. 5972. En ese sentido se habían pronunciado ya, durante la vigencia de la anterior Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las SSTS de fechas 28 de abril de 1982, Ar. 2474; 25 de abril 24 de octubre de 1984, Ar. 2273 y 5148; 30 de mayo de 1988, Ar. 3974; 29 de julio y 27 de diciembre de 1989, Ar. 6159 y 9225 que se refiere a la identificación de acto; 16 de julio y 27 de diciembre de 1991, Ar. 5996 y 9621.

<sup>14</sup> STS de fecha 7 de febrero de 1979, Ar. 764.

<sup>15</sup> SSTS de fechas 11 de diciembre de 1990, Ar. 9734; 11 de febrero de 1992, Ar. 2815.

<sup>16</sup> STS de fecha 21 de mayo de 1993, Ar. 3961.

<sup>17</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gunderségui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

<sup>18</sup> STS de fecha 18 de abril de 1994, Ar. 3030 que así lo indica al resaltar la importancia que tenía la fijación de la cuantía del recurso contencioso-administrativo en el escrito de interposición del mismo a efectos de recurso de casación.

mina el órgano jurisdiccional que es competente para conocer de los recursos que se interpongan contra los mismos.

Se puede indicar, a este respecto, que el artículo 8.2.c) de la LJCA establece que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán, asimismo en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las Comunidades Autónomas, salvo que procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de los 30.050 euros. Cuando exceden de dicha cuantía, la competencia corresponde, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1.a) a la Sala de lo Contencioso-administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

El artículo 8.3 de la LJCA vuelve a utilizar la cuantía como determinante de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo al atribuirles el conocimiento en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela, excepto, entre otros, los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional. En el supuesto exceptuado, según resulta del artículo 10.1.a) de la misma Ley, la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Y el artículo 9.d) dispone que los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan en primera o única instancia, contra las resoluciones dictadas por los Ministros y Secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.

De los preceptos expuestos resulta que, al presentarse el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, se ha de tener presente la cuantía del recurso por ser la misma, en los casos indicados, determinante del órgano jurisdiccional al que dirigirse. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga el recurso contencioso-administrativo, que es el que ha de fijar la cuantía del recurso, en el momento y en la forma que establece el artículo 40 de la Ley y también, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley, el que ha de apreciar, incluso de oficio, su competencia, actuará en la forma que previene el

citado artículo 7, esto es, habrá de dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días, si considera que, por razón de la cuantía que fija, no es competente para conocer del recurso presentado ante el mismo y, remitir, si se declara, mediante auto, incompetente para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el mismo las actuaciones al que estime competente para que ante él siga el curso del proceso.

La cuantía del recurso se ha de tener en cuenta, además, al interponer el recurso contencioso-administrativo, por quienes son sujetos pasivos de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los órdenes civil y contencioso-administrativo creada por el artículo 35 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y no están exentos de la misma, es decir, quienes promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional que no sean entidades sin fines lucrativos que hayan optado por el régimen fiscal especial de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal Especial de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos Fiscales al Mecenazgo, las entidades total o parcialmente exentas en el Impuesto sobre Sociedades y las personas físicas y que realicen el hecho imponible.

Y es que el devengo de la tasa se produce, en el orden contencioso-administrativo, en el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo, y la base imponible coincide con la cuantía del procedimiento determinada con arreglo a las normas procesales, siendo exigible la cantidad fija que se determina en la tabla que contiene el precepto referido y la cantidad que resulta de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen que corresponde según la escala que establece el mismo precepto.

En la medida en que es en el escrito de interposición del recurso donde debe precisarse el acto, disposición, inactividad o actuación de hecho contra el que se dirige, el mismo, como indica el Tribunal Supremo, determina el objeto de la pretensión que ha de formularse en la demanda<sup>19</sup>, esto es, determina el objeto del proceso<sup>20</sup>, o dicho con otras palabras, el ámbito a que se ha de circunscribir la contienda<sup>21</sup>.

El escrito de demanda, por su parte, indica el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 7 de julio de 1994, Ar. 5780, que ha de tener una correlación sustancial con el inicial denominado de interposición del

<sup>19</sup> SSTS de fechas 28 de abril de 1982, Ar. 2474; 22 de febrero de 1983, Ar. 932; 11 de mayo de 1983, Ar. 2931.

<sup>20</sup> SSTS de fechas 14 de marzo de 1979, Ar. 1366; 20 de abril de 1982, Ar. 2836; 25 de abril de 1982, Ar. 2273; 1 de julio de 1985, Ar. 3941; 27 de marzo de 1991, Ar. 2023.

<sup>21</sup> STS de fecha 19 de febrero de 1979, Ar. 486.

recurso, y, contener la pretensión procesal del demandante en función de aquél.

A la vista de la existencia de los referidos escritos de interposición del recurso y de demanda, nuestro alto Tribunal Supremo explica<sup>22</sup> que en el proceso contencioso-administrativo la delimitación del objeto litigioso se hace en dos escritos o dos momentos distintos, uno, en el de interposición del recurso, en que habrá de indicarse el acto o disposición contra el que se formula, y otro, en el de demanda, en el que con relación a aquellos se deducirán las pretensiones que interesen, sin que sea lícito extenderlas a actos distintos de los inicialmente delimitados sin haber guardado los requisitos propios de la acumulación, puesto que el permitirlo supondría prescindir de la naturaleza y el carácter esencialmente revisores del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Es por ello que el Tribunal Supremo<sup>23</sup> alude a la reiterada jurisprudencia<sup>24</sup> que ha apreciado la inadmisibilidad del recurso por desviación procesal, en aquellos casos en los que entre el escrito de interposición y el suplico de la demanda existe una divergencia sustancial al incluirse en este último actos o disposiciones a los que no se ha referido la impugnación en aquél. O, dicho en otros términos, es necesario que exista correlación entre la indicación de la disposición, acto, inactividad o actuación contenida en el escrito de interposición y la que se hace al formalizar la pretensión en la demanda, considerando la discordancia o desajuste entre ambos escritos una desviación procesal que, incluso, hace inadmisibile el recurso<sup>25</sup>.

En alguna sentencia<sup>26</sup> declara, sin embargo, el Tribunal Supremo que «ciertamente hay una discrepancia entre el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, claramente dirigido contra el Acuerdo de archivo adoptado por el Consejo General del Poder Judicial, según la recurrente, con fecha de 6 de marzo de 1997 —aunque en realidad es Acuerdo de la Comisión Disciplinaria de dicho Consejo en reunión de 4 de marzo de 1997—, y el escrito de demanda en el que, con referencia a la Sentencia mencionada de la Audiencia Provincial de Madrid, se solicita que ésta se revoque y anule, lo que consi-

<sup>22</sup> SSTS de fechas 17 de 2 de octubre de 1990, Ar. 7825; 6 de febrero de 1991, Ar. 777; 9 de diciembre de 1992, Ar. 10144; 13 de marzo de 1995, Ar. 2086; 21 de julio de 2003, Ar. 5972. En el mismo sentido que las SSTS de fechas 17 de diciembre de 1986, Ar. 1149.

<sup>23</sup> STS de fecha 21 de julio de 2003, Ar. 5972.

<sup>24</sup> SSTS de fechas 1 de julio de 1982, Ar. 5254; 22 de febrero de 1983, Ar. 932; 11 de mayo de 1983, Ar. 2931; 25 de abril de 1982, Ar. 2273; 10 de septiembre de 1986, Ar. 4762; 17 de diciembre de 1986, Ar. 1149; 8 de noviembre de 1990, Ar. 9167; 9 de diciembre de 1992, Ar. 10144; 7 de julio de 1994, Ar. 5780; 24 de junio de 1995, Ar. 5099.

<sup>25</sup> STS de fecha 11 de septiembre de 1991, Ar. 6786.

<sup>26</sup> STS de fecha 15 de diciembre de 1999, Ar. 10020.

tituiría una desviación procesal generadora de inadmisibilidad, a tenor del art. 82 c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, al existir una desarmonía entre lo que parece pretenderse en el escrito de interposición y en la demanda, y una diferencia entre lo que se impugna en aquél y en ésta (Sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1994 [RJ 1994\7821], 5 de febrero, 24 de abril, 30 de septiembre, y 12 y 15 de noviembre de 1996 [RJ 1996\891, RJ 1996\3271, RJ 1996\6598 y RJ 1996\8217], 9 y 24 de febrero de 1998 y 7 de octubre de 1999 [RJ 1999\9024]), mas en vista de las circunstancias que concurren y al poder entenderse, como recoge el abogado del Estado, que la impugnación de la Sentencia de la Audiencia se verifica por vía indirecta y por impugnación previa del referido Acuerdo de archivo, nada debe obstar, siempre bajo una interpretación favorable al actor, por razones del principio «pro actione» y del antiformalismo propio del recurso, a que se rechace tal causa de posible inadmisión y a entrar a conocer sobre el «fondo» propio de aquél ... por cuanto que hace clara referencia a dicho «fondo» y se confunde con éste».

Con referencia al supuesto en que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo y la demanda coinciden en parte, el Tribunal Supremo declara, en sentencia de fecha 14 de enero de 1992, Ar. 598, que ese caso obliga a limitar el examen de las cuestiones litigiosas de acuerdo con lo relacionado en el escrito de interposición del recurso.

#### 1.3.1.2. Contenido del escrito de demanda cuando el procedimiento se inicia mediante la misma

El artículo 45.5 de la LJCA dispone que el recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1 que fijará con claridad y precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. Es decir, el escrito de demanda, además de dichas indicaciones, ha de dirigirse al acto declarado lesivo y contener la pretensión que se deduzca en relación con el mismo en justificación de las cuales pueden alegarse, según el artículo 56.1 de la misma Ley, cuanto motivos procedan, hayan sido o no planteados por la Administración.

La demanda que inicie el recurso dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados ha de concretar, según el artículo 45.6 de la Ley, la disposición, acto o conducta impugnados y razonar su disconformidad a Derecho, es decir, contener la pretensión que se ejercite respecto a ellos.

El Tribunal Supremo hace referencia, en sentencia de fecha 8 de febrero de 2002, Ar. 2588, a la consolidada jurisprudencia del mismo

que recuerda que la pretensión expuesta en la vía administrativa no puede ser esencialmente distinta de la formulada en la vía jurisdiccional y si bien pueden en el escrito de demanda alegarse en justificación de las pretensiones cuantos motivos procedan, aunque no se hayan alegado anteriormente en la vía administrativa, ello ha de entenderse en sus justos términos, es decir, en el sentido de poder alegarse nuevas razones o argumentos para fundamentar las pretensiones, pero no en el de suscitarse cuestiones nuevas, las que consisten en la falta de previo enjuiciamiento administrativo de la cuestión, que opera como antesala de su posterior enjuiciamiento jurisdiccional como requisito indispensable para el posterior actuar de la jurisdicción.

#### 1.3.2. Forma

##### 1.3.2.1. El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. Documentos que han de acompañarlo

El escrito en que se materializa el acto procesal consistente en solicitar del órgano jurisdiccional la iniciación del proceso, excepto en aquellos casos en que principia por demanda, es un escrito del que la doctrina<sup>27</sup> destaca su gran simplicidad, que se reduce, como resulta de lo ya expuesto en cuanto a su contenido y como así pone de manifiesto la doctrina<sup>28</sup>, a la identificación del recurrente y su representante en los casos en que, de acuerdo con previsto en el artículo 23 de la LJCA, se confiera la representación a un Procurador o a un Abogado, a la cita de la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso.

El Tribunal Supremo ya declaró a este respecto<sup>29</sup> durante la vigencia de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que el proceso contencioso-administrativo está concebido y estructurado a base de establecer un mínimo de requisitos en la formalización del escrito de interposición del mismo, reducido, en la actualidad a la cita ya indicada y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, requisito que considera fundamental, en cuanto que, como ya se pudo apreciar, al tratar el contenido del escrito de interposición del recurso

<sup>27</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

<sup>28</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

<sup>29</sup> STS de fecha 11 de febrero de 1980, Ar. 651.



contencioso-administrativo, la jurisprudencia se ha mostrado muy celosa en el mantenimiento del principio de inalterabilidad del objeto de la pretensión, tal y como haya sido fijada en dicho primer escrito, oponiéndose a la introducción en las actuaciones de desviaciones procesales y a discordancias entre el acto determinado inicialmente y el señalado luego, más tarde, en el suplico de la demanda.

A este escrito se han de acompañar los documentos que se indican en el propio artículo 45 de la LJCA, en su apartado 2, esto es:

**a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la LJCA, referido a la representación y defensa de las partes, éstas, en sus actuaciones ante órganos unipersonales, pueden conferir su representación a un Procurador o al Abogado que les asista pues, se prevé en dicho precepto que sean asistidas, en todo caso, por Abogado. En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deben conferir su representación a un Procurador, por lo que actuarán ante ellos representadas por el mismo.

El mismo artículo de la Ley permite, sin embargo, que los funcionarios públicos pueden comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen la separación de funcionarios públicos inamovibles. Por ello en el supuesto en que el recurrente sea un funcionario público que comparezca por sí mismo en defensa de sus derechos estatutarios cuando el acto que se recurra se refiera a cuestiones de personal que no impliquen la separación de empleados públicos inamovibles no habrá representación que acreditar. El recurso que, en ese caso, interponga el mismo se tramitaría por el procedimiento ordinario de exceder la cuantía del mismo de los 13.000 euros.

Por otra parte, el artículo 24 de la LJCA se remite, en cuanto a la representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas y a las normas que en la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas, representación y defensa que dichas disposiciones confieren a los abogados o letrados integrados en los respectivos servicios jurídicos, sin perjuicio de que, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, puedan

ser encomendadas a abogado colegiado especialmente designado al efecto.

La representación se acredita, en aquellos casos en que se ha de conferir a un Procurador o a un Abogado, mediante un poder que la doctrina pone de manifiesto<sup>30</sup> que, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «habrá de estar autorizado por notario o ser conferido por comparecencia ante el Secretario Judicial del órgano jurisdiccional que haya de conocer del asunto».

Dicho poder se considera válido y subsistente mientras no se revoque. En relación con la subsistencia del poder el Tribunal Supremo contempla el supuesto en que otorgado a un Procurador un poder general para pleitos por un Ayuntamiento y, más en concreto, por el representante legal del mismo que es el Alcalde, se produce un cambio en la persona del Alcalde. Pues bien, a tal respecto declara, en sentencia de fecha 14 de marzo de 1980, Ar. 2190, que a la existencia del poder no obsta «... el hecho de que la persona del Alcalde haya cambiado, puesto que la representación legal la ostenta el órgano y en tal concepto se otorgó sin que exista ulterior revocación, por lo cual para el nuevo pleito ahora acordado interponer pudo válidamente usarse por el Procurador aquel poder», criterio que se pueda aplicar a los poderes otorgados por los representantes de las personas jurídicas en general y que determina que el poder válidamente otorgado por el representante de la persona jurídica subsista aunque se produzca un cambio en la persona del mismo mientras no se revoque el poder por el legal representante en ese momento de la persona jurídica.

El Tribunal Supremo ha venido considerando que el poder debe estar otorgado en la fecha de iniciación del proceso administrativo o, a lo sumo, en fecha que no exceda de la fecha de finalización del plazo establecido para la interposición del recurso.

En este sentido declaró, en sentencia de fecha 4 de julio de 1979, Ar. 2821 dictada durante la vigencia de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa respecto de la que se planteaba la misma cuestión, que «la doctrina jurisprudencial ha señalado que la subsanación del defecto procesal de no acompañar el poder de representación, ... ha de realizarse de forma tal que la aportación de dicho poder «a posteriori» lo sea de uno otorgado en fecha anterior a la iniciación del proceso administrativo o, a lo sumo, en fecha que no rebasa el plazo para interponer la acción contenciosa, es lo cierto que para

<sup>30</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irujoan Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandaegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

que fuera aplicable al caso tal doctrina se requería la constancia exacta, mediante su reflejo en el expediente administrativo, de la fecha en que se practicó la notificación de la resolución recurrida, y si bien los actores en su escrito inicial aludieron a notificación efectuada el 20 mayo 1977 y días sucesivos, nada autoriza a pensar que fue el 20 mayo cuando se notificó la Resolución ministerial de 23 abril 1977, pues el oficio de salida del M.º Obras Públicas, en lo que a dicho recurrente atañe, lleva la indicada fecha de 20 mayo, de tal suerte que la de recepción hubo de ser en fecha ulterior, sin que conste ninguna otra fecha concreta como la de notificación del acto impugnado, lo que hace que sea inexacto adoptar la fecha del 20 julio 1977 como el límite temporal de los 2 meses para la interposición válida de la acción contenciosa, y siendo ello así la subsanación del mencionado defecto procesal ha de tenerse por correctamente practicada».

En atención a las mismas consideraciones nuestro alto Tribunal afirmó, en sentencia de fecha 28 de noviembre de 1995, Ar. 8934, que no era posible la subsanación puesto que «en cuanto al poder con que actúa el Procurador recurrente, éste no acompañó las correspondientes escrituras de apoderamiento junto al escrito de interposición y, aprovechando el trámite de subsanación ... acompañó sendas escrituras públicas, otorgadas por los Ayuntamientos de Vandellós y L'Hospitalet de L'Infant y Ascó, de las cuales la correspondiente al primero de ellos es de fecha 17 de septiembre de 1993, no sólo posterior al 14 de septiembre de 1993, día en que se interpuso el presente recurso, sino posterior a la fecha en que expiraba el plazo para su interposición, que era ese mismo día 14, puesto que el Real Decreto impugnado se publicó el 14 de julio de ese mismo año.»

Por entender que el poder por el que la sociedad recurrente confería representación a un Abogado constaba acreditado que se había otorgado con anterioridad a la presentación del escrito de interposición del recurso, el Tribunal Supremo entendió no conforme a derecho la sentencia que declaró la inadmisibilidad del recurso con arreglo a la normativa entonces vigente por no estar debidamente acreditada. En efecto, en sentencia de fecha 21 de febrero de 1997, Ar. 1155, afirmó que «respecto a la cuestión de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo entablado ante la Sala del Tribunal Superior de Málaga, ciertamente en la fecha en que se dictó en el expediente administrativo la Resolución que desestimaba el recurso de reposición interpuesto por «Marbella 2.000» —10 febrero 1987— no constaba que la recurrente doña María de las Nieves T. V. representase a la entidad «Marbella 2.000». Ahora bien en los últimos folios de tal expediente sí aparecen unas fotocopias de poder notarial otorgado en 22 de julio de 1986 por la entidad «Marbella 2.000» a través de su Administrador don

José B. C., a favor de la Letrado del Ilustre Colegio de Málaga doña María de las Nieves T. V. para intervenir en toda clase de Jurisdicciones y Administración con amplitud de facultades; acreditación que pudo haber contemplado la Sala de instancia para desestimar la alegación de inadmisibilidad y entrar en el fondo del asunto».

**b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.**

La LJCA no exige que se presenten los documentos que acrediten la legitimación del recurrente en todo caso, sino sólo cuando el mismo ostente la legitimación por transmisión «inter vivos» o «mortis causa».

El Tribunal Supremo ha venido reconociendo<sup>31</sup> que, una vez acreditada dicha transmisión, la misma determina que el sucesor o causahabiente ostente la misma posición que el causante y, por tanto, el mismo interés legítimo.

Por otra parte, nuestro alto Tribunal ha venido declarando<sup>32</sup> que, reconocida la legitimación en vía administrativa, no se puede desconocer en vía jurisdiccional, reconocimiento que supone que la transmisión tuvo lugar antes o durante la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo en que ya debió quedar acreditada dicha transmisión, lo que según la doctrina<sup>33</sup> determina que, en ese caso, no sea aplicable el referido apartado.

**c) La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado, o, tratándose de un recurso contra la inactividad de la Administración o una vía de hecho, la mención del órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuvieran origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.**

El documento exigido en primer lugar se puede sustituir por la indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico

<sup>31</sup> SSTs de fechas 19 de noviembre de 1993, Ar. 8451; 6 de marzo de 1999, Ar. 4495 y 21 de marzo de 2000, Ar. 3082.

<sup>32</sup> SSTs de fechas 4 de febrero de 1992, Ar. 1480; 8 de abril de 1994, Ar. 3016; 29 de enero de 1996, Ar. 1309; 23 de febrero de 1999, Ar. 1486; 19 de noviembre de 1999, Ar. 9521; 19 de enero de 2000; 20 y 21 de marzo de 2000, Ar. 3082.

<sup>33</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

oficial en que se haya publicado y, en el caso en que se interponga el recurso contra la inactividad de la Administración o una vía de hecho, no se requiere la presentación de ningún documento sino la mención de los datos que permitan identificar el objeto del recurso, lo que permitirá delimitar el objeto del proceso, la cual se puede entender que se puede efectuar en el propio escrito del recurso.

En cuanto a la exigencia de la constatación del acto recurrido se puede citar la sentencia de fecha 8 de mayo de 1985 en la que el Tribunal Supremo apreció la importancia de la presentación de la copia de una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional de distinto orden jurisdiccional que declaró su incompetencia en la materia e indicó como competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para dar por cumplidas las formalidades procesales de constatación del acto administrativo.

El Tribunal Constitucional, por su parte, sostuvo, en la sentencia 59/2003, de 24 de marzo (RTC 2003\59), en relación con este apartado del artículo 45.2 que el mismo prevé que se aporte copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se impugnen en el escrito de interposición, pero también, de manera alternativa, bastaría, en defecto de aportación de copia de los actos o disposiciones recurridas, con la indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. Por ello, incluso si la parte recurrente no hubiese aportado copia de los actos impugnados, al estar, en el caso que resuelve, el expediente administrativo perfectamente identificado en el escrito de interposición del recurso, el órgano judicial no podía haber acordado el archivo de las actuaciones sin contradecir el artículo 24 CE, pues la parte recurrente había respetado de manera escrupulosa las exigencias procesales contenidas en el referido art. 45.2.c) de la LJCA.

**d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.**

El Tribunal Supremo ha declarado<sup>34</sup>, en relación con la exigencia de tales documentos por la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, exigencia que, aunque con alguna diferencia, se

<sup>34</sup> SSTS de fechas 5 de junio de 1993, Ar. 4363 y 6 de julio de 1995, Ar. 5798.

recoge igualmente en la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que la misma no tiene otro alcance que el de evitar que se inicie un proceso por quien no esté legitimado para ello, con la subsiguiente consecuencia de ineficacia del mismo, al no poder afectar la decisión de fondo que recaiga a los legítimos titulares del derecho objeto del juicio.

El requisito procesal previsto en esta norma tiene como finalidad, dice nuestro alto Tribunal<sup>35</sup>, evitar que puedan admitirse recursos contencioso-administrativos a nombre de Corporaciones e Instituciones, actualmente personas jurídicas en general, sin que sus órganos competentes hayan adoptado el acuerdo de interponer los recursos de que se trate, de conformidad con sus leyes respectivas.

Dicha exigencia, sigue diciendo el Tribunal Supremo<sup>36</sup>, «presenta singular trascendencia en los supuestos de personas jurídicas o entidades, bien sean públicas o privadas, porque sólo pueden actuar a través de sus órganos de representación. Con ello se evita que éstos inicien un proceso no querido por la entidad representada o inútil, al no ser vinculante la decisión que se pronuncie sobre el fondo para la entidad representada si ésta no hubiese acordado válidamente el ejercicio de las correspondientes acciones».

El Tribunal Supremo alude<sup>37</sup> a la «ratio legis» de tal norma procesal, que debe relacionarse, a fin de interpretarla correctamente, con los derechos fundamentales al proceso y a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de derechos e intereses legítimos, reconocidos por el artículo 24 CE. De esta interrelación deriva nuestro alto Tribunal la conclusión «de resultar indebida la declaración de inadmisión de la acción si los defectos formales que pudiera contener fueran subsanables. No son otros en espíritu y la letra de los preceptos contenidos en los artículos 57.3 y 129.1 y 2 LJCA (no en vano calificada en éste, como en otros aspectos, de ejemplar), anticipándose así al mentado pronunciamiento constitucional y a la diáfana y categórica norma contenida en el artículo 11.3 LOPJ de 1985, según la cual «Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 CE, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanase por el procedimiento establecido en las Leyes».

E invoca el Tribunal Supremo<sup>38</sup> una constante y unánime doctrina del Tribunal Constitucional, que hace innecesaria citas concretas,

<sup>35</sup> SSTS de fechas 4 de octubre de 1995, Ar. 1695; 1 de enero de 1996, Ar. 1698.

<sup>36</sup> SSTS de fechas 5 de junio de 1993, Ar. 4363 y 6 de julio de 1995, Ar. 5798.

<sup>37</sup> SSTS de fechas 5 de junio de 1993, Ar. 4363 y 6 de julio de 1995, Ar. 5798.

<sup>38</sup> SSTS de fechas 5 de junio de 1993, Ar. 4363 y 6 de julio de 1995, Ar. 5798.

según la cual la tutela judicial efectiva se satisface con cualquier resolución, aunque rechace pronunciarse sobre el fondo del asunto; siempre que sea dictada en aplicación de una ley y se encuentre convenientemente motivada, entendiéndose por tal la que no pueda tacharse de irrazonable por encubrir una medida procesal inidónea para la consecución del fin perseguido, innecesaria porque el defecto pudiera haber sido subsanado, y, en definitiva, desproporcionada o excesiva.

En lo que respecta a los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación el Tribunal Supremo<sup>39</sup> se ha venido refiriendo al que acredita la representación de quien dice actuar en nombre de la persona jurídica y al oportuno acuerdo social para recurrir.

En este sentido, declara nuestro alto Tribunal, en sentencia de fecha 15 de febrero de 1999, Ar. 1812, que «la propia estructura y condición de toda persona jurídica exige, para la viabilidad procesal de los recursos contencioso-administrativos que interpongan, no sólo la intervención del órgano institucional al que los estatutos atribuyan la competencia de representar a la entidad sino también del órgano que estatutariamente sea el competente para adoptar el acuerdo necesario para recurrir. Pues, como ha señalado la doctrina de esta Sala, el primero de los problemas es de imputación jurídica, en el sentido de si el que aparece como su representante puede tomarse como tal y si su actuación está habilitada por la decisión de acudir a los Tribunales adoptada por quien estatutariamente corresponde». Además, sigue diciendo el Tribunal Supremo<sup>40</sup>, según constante jurisprudencia de esta Sala «para que sea viable el recurso contencioso-administrativo, es necesario que el órgano competente de la persona jurídica demandante adopte el correspondiente acuerdo para ejercitar la acción, y que tal acuerdo resulte acreditado en el propio proceso (SSTS 7 octubre y 18 diciembre 1996 [RJ 1996\7094 y RJ 1996\9029], entre otras muchas)».

La presentación de los Estatutos de la persona jurídica de que se trate se ha venido considerando por nuestro alto Tribunal<sup>41</sup> que acredita dichas circunstancias porque normalmente dichos Estatutos contienen las mismas.

Dichos documentos los considera exigibles el Tribunal Supremo en relación con las personas jurídicas en general, lo cual es así tras la

<sup>39</sup> STS de fecha 21 de diciembre de 2001, Ar. 5622 que indica que en la nueva Ley 29/1998 se eleva a requisito a justificar con carácter previo a la admisión de la demanda.

<sup>40</sup> SSTS de fechas 30 de noviembre de 1998, Ar. 9478; 15 de febrero de 1999, Ar. 1812.

<sup>41</sup> STS de fecha 15 de julio de 1996, Ar. 6394.

entrada en vigor de la actual LJCA porque lo dispone la misma como ya se ha podido apreciar, y lo era durante la vigencia de la anterior LJCA porque, aunque la misma aludía a las Corporaciones e Instituciones y sin perjuicio de que existieran sentencias que limitaban la exigencia prevista en la Ley a las personas públicas, se había referido, en muchas otras sentencias, tanto a personas jurídicas públicas como privadas. En concreto, nuestro alto Tribunal ha contemplado a las Asociaciones<sup>42</sup>; Juntas de Compensación<sup>43</sup>; Sindicatos<sup>44</sup>, habiendo declarado nuestro alto Tribunal<sup>45</sup>, tratándose de entes sindicales, que es necesario acreditar en el proceso que el órgano que acordó la interposición es competente a tal fin como señala la Sentencia de 18 de enero de 1993 (RJ 1993\323), citando las Sentencias de las anteriores Salas de la Jurisdicción en este Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6231) y 26 de enero de 1988 (RJ 1988\360), así como las de esta Sala de 21 de julio de 1990 (RJ 1990\4879) y 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991\6038); Confederaciones de empresas<sup>46</sup>; Comunidades de Propietarios<sup>47</sup>; Colegios Profesionales<sup>48</sup>; Sociedades de Responsabilidad Limitada<sup>49</sup>; personas jurídicas públicas<sup>50</sup>, etc.

Así, el Tribunal Supremo declara<sup>51</sup> admisible el recurso contencioso-administrativo por constar, en el escrito de interposición del recurso, que éste lo promovía el Procurador que se hallaba apoderado, al efecto, por el referido señor, como Presidente de la «Sociedad Espa-

<sup>42</sup> SSTS de fecha 16 de diciembre de 1981, Ar. 5422; 15 de julio de 1996, Ar. 6394; 8 de octubre de 1997, Ar. 7537; 22 de noviembre de 1996, Ar. 8338; 20 de noviembre de 1998, Ar. 9478; 15 de noviembre de 1999, Ar. 10039.

<sup>43</sup> STS de fecha 30 de septiembre de 1985, Ar. 6224.

<sup>44</sup> STS de fecha 16 de marzo de 1999, Ar. 2451.

<sup>45</sup> STS de fecha 9 de diciembre de 1998, Ar. 107 de 1999. En el mismo sentido las SSTS de fechas 7 de diciembre de 1994, Ar. 10201; 8 de mayo de 1996, Ar. 616; 16 de marzo de 1999, Ar. 2451.

<sup>46</sup> STS de fecha 25 de junio de 2001, Ar. 8748.

<sup>47</sup> STS de fecha 21 de octubre de 1998, Ar. 1684 que declara que «en el presente caso quien demanda es la Comunidad de Propietarios y no su Presidente. Es verdad que el poder al Procurador está otorgado por el Presidente actuando «en su propio nombre y derecho y, además, como Presidente de la Comunidad de Propietario Monte Príncipe», pero, a la hora de hacer uso del poder, el Procurador no actuó en nombre del Presidente, sino exclusivamente en nombre de la Comunidad de Propietarios (Así se dice en el escrito de interposición y en todos los demás escritos: «doña Beatriz R. C., Procuradora de los Tribunales, en representación de la Comunidad de Propietarios Montepríncipe...»). Pues bien; según los Estatutos de la Comunidad (obstantes en el pleito) «corresponden a la Junta de Gobierno las más amplias facultades de gestión y representación de la Comunidad» (artículo 22.1), de forma que el Presidente por sí solo carece de tales facultades (Por lo demás, los Estatutos ni siquiera dicen cuáles son las facultades del Presidente).

Según esto, debió traerse a pleito el acuerdo de la Junta de Gobierno decidiendo entablar el proceso...

<sup>48</sup> SSTS de fechas 24 de junio de 2003, Ar. 6557; 16 de febrero de 2004, Ar. 1923.

<sup>49</sup> STS de fecha 29 de septiembre de 2003, Ar. 8114.

<sup>50</sup> SSTS de fechas 4 de octubre de 1995, Ar. 1695; 11 de enero de 1996, Ar. 1698.

<sup>51</sup> STS de fecha 16 de diciembre de 1981, Ar. 5422.

ñola de Medicina Rural», que, a su vez, se encontraba previamente autorizado para hacerlo, mediante *el oportuno acuerdo social de recurrir que es exigido en estos casos por copiosa jurisprudencia de este Tribunal que, en concreto, es citada por la S. de 28 febrero 1978 (RJ 1978\451)*».

Por supuesto, el acuerdo para recurrir ha de ser adoptado por el órgano competente para ello. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en ese sentido al afirmar<sup>52</sup> que debe examinarse si el acuerdo para recurrir ha sido adoptado, o no, por el órgano estatutariamente competente y declarar<sup>53</sup> que «al efecto debe observarse que el que adoptó el acuerdo, según la certificación antes referida de la Secretaría de la Junta Directiva, fue esta Junta, por lo que la cuestión se concreta en examinar, a la vista de los Estatutos aportados, si corresponde a dicho órgano la adopción del citado acuerdo. Sobre el particular ha de observarse que en la descripción de las funciones de la Junta Directiva contenida en el artículo 15 de los Estatutos no se contiene la de decidir el ejercicio de posibles acciones en nombre de la entidad, facultad que, según el apartado b) de dicho artículo, corresponde a la Asamblea General, teniendo atribuida la Junta Directiva al respecto sólo una facultad de propuesta a la Asamblea («b. Proponer a la Asamblea General el ejercicio de acciones y la interposición de recursos en interés de la Federación, ante la jurisdicción competente»). Es claro, según dicho precepto, que el acuerdo para recurrir en este caso no ha sido adoptado por el órgano estatutariamente competente, no pudiéndose así imputar a la Federación en cuyo nombre se recurre, ... lo que nos veda entrar a decidir el fondo del asunto, siguiendo al respecto la jurisprudencia reiterada de la Sala, de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de 14 y 21 junio, 14 noviembre y 13 diciembre 1990 (RJ 1990\4871, RJ 1990\4879, RJ 1990\10063 y RJ 1990\10159), 1 febrero, 9 y 25 marzo, 5 mayo y 24 septiembre 1991 (RJ 1991\1094, RJ 1991\2499, RJ 1991\3098, RJ 1991\4318 y RJ 1991\6038), 14 octubre 1992 (RJ 1992\8204), 18 enero 1993 (RJ 1993\323), 7 diciembre 1994 (RJ 1994\10201), 10 y 13 febrero 1995 (RJ 1995\1557 y RJ 1995\1563), jurisprudencia avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 octubre (RTC 1994\266)».

Ello no obstante la LJCA no exige la presentación de tales documentos cuando se hubieren incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo mencionado en la letra a) de este mismo apartado, esto es, en el documento que acredita la representación del compareciente.

<sup>52</sup> STS de fecha 22 de noviembre de 1996, Ar. 8338.

<sup>53</sup> STS de fecha 22 de noviembre de 1996, Ar. 8338.

Ahora bien, la necesidad de presentación de tales documentos, afirma el Tribunal Supremo<sup>54</sup>, «no puede ser suplantada por la simple comparecencia en juicio de Procurador designado por el Presidente de la asociación si, como ocurre en el caso examinado, no le está conferida expresamente la facultad de acordar el ejercicio de acciones judiciales, e incluso para el otorgamiento de poderes precisa de la previa autorización...» del órgano competente.

En este sentido el Tribunal Supremo ya había declarado<sup>55</sup> con anterioridad a la entrada en vigor de la LJCA, en un supuesto en que a la pretensión formulada por el recurrente se opuso la existencia de causa de inadmisibilidad en cuanto que no aparecía concretada la existencia de acuerdo corporativo del Consejo de Administración, o en su caso del Administrador único en el que se manifestara la voluntad social impugnadora de la sociedad recurrente, que «frente a tal alegación se advierte que la citada Ley Jurisdiccional, según su Exposición de Motivos, considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto en las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia, no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realidad de la misma, y el antiformalismo así reflejado se confirma en el artículo 24 de la Constitución, en cuanto reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, y todo ello, relacionado con el contenido de la escritura de poder acreditativa de la representación aportada a las actuaciones, en la que el Notario actuante hace constar que la representación y facultades del otorgante para este acto resultan de poder que la representación de la Sociedad le tiene conferido, mediante otra escritura expresamente referida y que tiene el otorgante la capacidad legal necesaria para formalizar la escritura de sustitución de poder aportada lleva a estimar, al no haber prueba en contrario que contradiga tales declaraciones, que la representación del recurrente está suficientemente acreditada y no se incurre en la inadmisibilidad alegada».

De la misma manera, por constar en el poder otorgado al Procurador el cambio de denominación de una Comunidad de Propietarios y el acuerdo de dicha Comunidad para recurrir facultando al Presidente a tal efecto, se había rechazado por el Tribunal Supremo<sup>56</sup> la inadmisibilidad invocada al respecto indicando que «resulta inequívoco, que la denominada Asociación de Propietarios de la Colonia Fin de Semana, de Guadarrama, inscrita en el Registro correspondiente,

<sup>54</sup> STS de fecha 21 de diciembre de 2001, Ar. 5622 de 2002.

<sup>55</sup> STS de fecha 28 de noviembre de 1984, Ar. 5703.

<sup>56</sup> STS de fecha 8 de octubre de 1986, Ar. 7641.

solicitó de éste, posteriormente, lo fuera bajo la denominación de Comunidad de Propietarios Colonia Monte Pinar, inscripción que por causas desconocidas no se ha llevado a efecto; que quien figura como Presidente de la entidad, o sea Don Hilario B. de F., utilizando aquella primera denominación, interpuso el recurso de reposición, y posteriormente, invocando la segunda denominación, pero haciendo mención, también de la anterior, el recurso contencioso-administrativo, circunstancia, que asimismo se expresa en la escritura de poder otorgado al Procurador que le representa y en el certificado inserto en ella, reflejando el acuerdo de la Junta General, decidiendo su interposición y facultando al efecto al nombrado Don Hilario B. de F.; y que esa circunstancia de la variación en la denominación se hizo constar en el escrito dirigido a la Corporación Municipal, con fecha 7 de mayo de 1979, originario del acuerdo del Ayuntamiento, de 5 de diciembre de 1979, objeto del presente proceso. Y con estos antecedentes hay que reconocer, sin ninguna duda, capacidad jurídica, al repetido Don Hilario B., para actuar, como lo hace en el presente procedimiento».

También se entendió que los documentos exigidos por las normas aplicables aparecían contenidos en el poder otorgado al Procurador en un supuesto en que en la escritura de apoderamiento, que se aportó con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, constaba que el poderdante ostentaba el cargo de Administrador Solidario de la mercantil actora y constaba que el Sr. Notario tuvo a la vista una escritura pública en la que figuraban, como documento unido, los Estatutos de la Sociedad, de los que se transcriben determinados particulares y añadía que en lo omitido no había nada que condicionara, restringiera o modificara lo transcrito, y en que el poderdante, en cuanto Administrador Solidario, ostentaba individualmente el poder de representación de la Sociedad, con facultad para decidir el ejercicio de la acción judicial por no estar tal decisión reservada ex lege a la competencia de la Junta General, ni desprenderse tal reserva, primar facie, de lo establecido en los Estatutos tal y como, a los efectos del proceso y en aplicación del principio *pro actione* se debía deducir de lo afirmado por el fedatario público.

En cambio, en sentencia de fecha 16 de marzo de 1999, Ar. 2451 se considera por el Tribunal Supremo que no consta, como es exigido, que el órgano competente haya adoptado el acuerdo de interponer el presente recurso contencioso-administrativo, y a ello no obsta el que se alegue, que en el escrito de apoderamiento, aportado con el escrito de iniciación del recurso, conste que se otorgan poderes a virtud de acuerdo de la Comisión Ejecutiva Federal, pues una cosa ciertamente es el acuerdo de apoderar a determinadas personas que tiene ciertamente que hacerse en virtud de acuerdo de la Comisión Ejecutiva

Federal y otra es el acuerdo también de la Comisión Ejecutiva Federal de ejercitar una determinada acción, en este caso interponer el recurso contencioso-administrativo ... pues para interponer el recurso, si la hace como acontece la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores es preciso que conste el acuerdo oportuno de esa Federación por medio del órgano competente, y no sólo el apoderamiento de uno de sus miembros en favor de Letrado, pues lo contrario sería admitir que se pudieran ejercitar acciones, interponer recurso por la Federación en virtud de la propia iniciativa y decisión de uno de los miembros de la Comisión Ejecutiva Federal, en cada caso el que tuviera atribuido los poderes, y ello, ni lo autoriza el artículo 57 de la Ley de la Jurisdicción, ni las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1994 y 8 de mayo de 1996, que exigen el acreditar la existencia del acuerdo corporativo para la interposición del recurso, ni los propios Estatutos de la Federación recurrente, que residencia en la Comisión Ejecutiva Federal, la representación de la Federación, el otorgamiento de poderes, la dirección de la Federación, programas de actuación y cuantas actividades de carácter sindical, jurídico... sirvan a los intereses de la Federación».

Además, se pronuncia nuestro alto Tribunal<sup>57</sup> sobre la subsanabilidad de la falta de presentación de estos documentos en los términos que se examinan al tratar dicha posibilidad. En concreto, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 1999, Ar. 10039, nuestro alto Tribunal declara que «el correcto entendimiento de los requisitos y exigencias procesales, acorde con los postulados del derecho a la tutela judicial efectiva en los términos en que los refleja la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala, no supone, en este caso, la eliminación de la acreditación del cumplimiento de los establecidos para entablar acciones las personas jurídicas [hoy previsto en términos de mayor amplitud por el artículo 45.2 d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, pero sí su interpretación flexible, en el sentido de considerar subsanable su omisión».

### 1.3.2.2. Examen de oficio de la validez de la comparecencia.

#### Subsanación de defectos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45.3 de la Ley, el Juzgado o Sala ha de examinar de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se ha presentado el escrito de interposición. Si con el

<sup>57</sup> SSTs de fechas 30 de septiembre de 1985, Ar. 6224; 4 de octubre de 1995, Ar. 1695; 11 de enero de 1996, Ar. 1698.

escrito de interposición no se acompañan los documentos expresados o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el Juzgado o Sala estime que no concurren los requisitos exigidos por esta Ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto, y si no lo hace, ordenará el archivo de las actuaciones.

No lo indica así el artículo 45.3 de la LJCA pero se entiende que si la parte recurrente advierte los defectos de que pueda adolecer el escrito de interposición del recurso o la falta de presentación de alguno de los documentos que lo han de acompañar puede proceder a su subsanación antes de que el órgano jurisdiccional requiera la misma.

El Tribunal Constitucional considera, en la sentencia 59/2003, de 24 de marzo, que el trámite del examen de oficio de la validez de la comparecencia contemplado en el artículo 45.3 de la LJCA está previsto para la comprobación de si se acompañan junto con el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo los documentos requeridos por el artículo 45.2 de la LJCA o si los presentados están incompletos, pero no para acordar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo en este momento procesal, por no ser susceptible de recurso la actividad que se pretende impugnar. Esta potestad jurisdiccional tan sólo puede ser utilizada, sigue diciendo el Tribunal Constitucional en la referida sentencia, en el trámite de examen de oficio de la admisibilidad del recurso contencioso-administrativo regulado de manera específica en el artículo 51.1 de la LJCA.

En la misma sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional apreció que el auto de un Juez de lo Contencioso-Administrativo por el que el mismo decretó el archivo de las actuaciones en virtud del artículo 45.3 de la LJCA por considerar que la parte recurrente no había subsanado el defecto procesal detectado en la fase de interposición del recurso contencioso-administrativo, a pesar del requerimiento efectuado en tal sentido por el Juzgado, defecto que consistía en la falta de aportación de copia de la resolución recurrida y el auto por el que confirmó en súplica el anterior incurrieron en errores evidentes con relevancia constitucional, en concreto, supusieron la vulneración del artículo 24 de la CE toda vez que la parte recurrente citó el acto recurrido en el escrito de interposición del recurso, lo acompañó de copia del acto expreso recurrido y aportó, además, copia de la providencia de apremio identificado en el escrito de interposición con ocasión del requerimiento de subsanación de defectos efectuado por el Juzgado, lo que evidencia que la parte recurrente aportó en plazo la documentación requerida.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha considerado en alguna sentencia<sup>58</sup>, no obstante haberse pronunciado en sentido contrario en relación con el concreto documento o documentos que acreditan la representación del compareciente, como ya se ha examinado, que la circunstancia de ser los documentos aportados en el plazo de subsanación otorgado por el órgano jurisdiccional de fecha posterior al inicio del recurso contencioso-administrativo no puede tener un efecto invalidante del mismo en aplicación del principio «pro actione».

En sentencia de fecha 23 de febrero de 1999, Ar. 2040 nuestro alto Tribunal admite incluso que la presencia de los requisitos indispensables para la interposición del recurso contencioso-administrativo no se haya concretado sino en el recurso de súplica que se pueda haber interpuesto contra la resolución que se dicte apreciando la falta de presentación de los mismos, mediante la aportación de nuevos documentos justificativos, «puesto que el recurso de súplica no sólo constituye un instrumento adecuado para poner de manifiesto los errores cometidos en la resolución impugnada, sino también, si ha lugar a ello, para la subsanación de los defectos puestos de manifiesto en dicha resolución».

Lo establecido en el artículo 45.3 de la LJCA puede considerarse una aplicación, en relación con el escrito de iniciación del procedimiento ordinario, de lo establecido con carácter general en el artículo 138 de la misma Ley, según el cual, cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

Sigue diciendo el mismo precepto que cuando el órgano jurisdiccional aprecie de oficio la existencia de algún defecto subsanable, dictará providencia en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia y sólo cuando el defecto sea insubsanable o no se subsanare debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.

Se considera por la doctrina<sup>59</sup> que, de no apreciarse, por el órgano jurisdiccional, tan pronto como se ha presentado el escrito de interposición del recurso, la existencia de algún defecto subsanable en el

<sup>58</sup> STS de fecha 11 de abril de 1990, Ar. 2787.

<sup>59</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

mismo, de concurrir el mismo se puede apreciar de oficio en cualquier momento posterior o invocarse por alguna de las partes, en cuyo caso se concederá un plazo de subsanación y sólo si no se procede a efectuar la misma en el plazo señalado se decide el recurso con fundamento en tal defecto. El Tribunal Supremo declara<sup>60</sup>, en este sentido, que, cuando el defecto se suscita por una de las partes, se ha abierto paso la línea jurisprudencial «que impone que, en todos los casos de defectos subsanables, se otorgue a la contraparte la posibilidad formal de remediar el defecto procesal, como condición imprescindible, para el caso de que pretenda fundarse en él para inadmitir el recurso. Así se expresan las SSTs de 5 de junio de 1993 (RJ 1993\4363); 16 de mayo (RJ 1994\3515) y 20 de octubre de 1994; 26 de octubre de 1996; 23 de mayo de 1997; 3 de febrero y 12 de noviembre de 1998 (RJ 1998\9144); 26 de noviembre de 2002 (RJ 2003\1928); y 16 de febrero de 2004 (RJ 2004\1620)».

En efecto, la falta de presentación de algún documento, como es el documento que acredita la existencia de acuerdo del órgano competente de la persona jurídica recurrente para recurrir, no sólo puede dar lugar al archivo de las actuaciones lo que sucederá cuando, previo requerimiento de subsanación, no se proceda a la misma o no se efectúe la subsanación en el plazo señalado al efecto, sino también a la inadmisibilidad del recurso en el momento procesal oportuno. Pues bien, a este respecto conviene destacar que, en lo que se refiere, en concreto, a la ausencia del documento referido, el Tribunal Supremo no ha mantenido una postura única sobre la causa de inadmisibilidad que podía ser apreciada.

En algunas ocasiones se consideró, durante la vigencia de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por nuestro Tribunal Supremo, que la falta de dicho documento determinaba que el escrito de interposición del recurso se había presentado en forma defectuosa, lo que ya no se puede apreciar, pues la vigente Ley no incorpora, como hacía el artículo 82.f) de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como causa de inadmisibilidad, que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso contencioso-administrativo en forma defectuosa. En otras ocasiones nuestro alto Tribunal ha declarado<sup>61</sup> que la falta de ese requisito, es decir, de la presentación del referido documento, impide tener por acreditada la capacidad de la corporación que aparece como titular de la acción por defecto en la formación de la voluntad de recurrir y, en cuanto se refiere a la persona física compareciente, es susceptible de ser enten-

<sup>60</sup> STS de fecha 10 de marzo de 2004, Ar. 3165.

<sup>61</sup> STS de fecha 24 de junio de 2003, Ar. 6557.

dido como un defecto de «legitimatío ad causam» [legitimación para el proceso concreto] que puede dar lugar a apreciar la inadmisibilidad del recurso por el hecho de haberse interpuesto el recurso por persona no legitimada.

No faltan sentencias del Tribunal Supremo<sup>62</sup> que afirman que «la capacidad jurídica o capacidad para ser parte de la persona jurídica no depende sólo de su mera constitución con arreglo a Derecho, sino también de que se haya producido la formación de la voluntad de ejercitar la acción correspondiente mediante acuerdo adoptado por el órgano competente en la forma prevista por los estatutos y de que el órgano al que corresponde la representación haya otorgado el oportuno apoderamiento en favor de quien ejerza la representación directamente ante los Tribunales, para integrar el requisito de la postulación», por lo que se podría pensar que la falta de acreditación de uno y otro podría llevar a considerar que el recurso se ha interpuesto por persona incapaz.

Pues bien, en un supuesto en que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó el recurso contencioso-administrativo no apreció de oficio la falta de presentación del acuerdo adoptado por el órgano competente de la persona jurídica para recurrir y dicha ausencia se puso de manifiesto a los efectos de que se apreciara la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación, nuestro alto Tribunal ha recordado, en sentencia de fecha 24 de junio de 2003, Ar. 6557, que esa Sala, en aras del principio «pro actione», que constituye una exigencia de la efectividad del derecho a la tutela judicial que proclama el artículo 24 de la Constitución, ha mantenido en ocasiones que no puede declararse la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, aunque el defecto en la comparecencia haya sido alegado por la parte demandada, si la Sala expresamente no ha ofrecido dicha oportunidad de subsanación, cuando aprecie que puede haberse producido indefensión. En el caso al que se refiere la indicada sentencia, el Tribunal Supremo se inclinó por entender que podía haber existido indefensión toda vez que la parte recurrente invocó la cita de los preceptos estatutarios de los que, a su juicio, se desprendía que era suficiente con el poder acreditativo de la representación del procurador compareciente otorgado por el Presidente de la entidad recurrente.

También en un caso en que se interpuso recurso contencioso-administrativo por una persona sin manifestar que actuaba en representación de otra y sin aportar el poder que le confería tal representación se declaró, en el sentido ya expuesto por nuestro Tribunal

<sup>62</sup> STS de fecha 24 de junio de 2003, Ar. 6557.



Supremo<sup>63</sup> que, siendo subsanable dicha falta, la misma no podía considerarse como causa de inadmisibilidad al no haberse concedido plazo para su subsanación.

El Tribunal Supremo ha llegado incluso a considerar<sup>64</sup> que la falta del documento acreditativo del acuerdo del órgano competente de las personas jurídicas de interponer la acción no sólo admite la subsanación en los términos ya indicados, sino incluso la convalidación mediante un acuerdo de ratificación por el órgano competente adoptado posteriormente de lo efectuado por el recurrente sin mandato. En alguna ocasión ha afirmado nuestro Alto Tribunal<sup>65</sup> que la subsanación ha de entenderse efectivamente producida en el trámite de conclusiones mediante la certificación incorporada por el secretario general de la Federación actora, en la que se hace constar que la Asamblea General de la Federación recurrente acordó interponer recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 165/1997, de 7 de febrero, por el que se establecen los márgenes correspondientes a la dispensación al público de especialidades farmacéuticas de uso humano.

### 1.3.2.3. El escrito de demanda cuando el procedimiento se inicia con la misma

El escrito de demanda, cuando se interpone el recurso de lesividad es, como resulta del artículo 45.4 y de lo ya expuesto, un escrito en el que se ha de indicar el acto que se recurre, previamente declarado lesivo, se ha de fijar con claridad y precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara, se han de consignar con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan.

A este escrito de demanda se han de acompañar en todo caso la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, el documento que acredite la representación del compareciente y el documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones con arreglo a las normas que sean de aplicación, salvo que se hubiesen incorporado o insertado en lo pertinente dentro del documento anteriormente mencionado.

El escrito de demanda con el que se puede iniciar el procedimiento ordinario cuando el recurso se dirige contra una disposición gene-

<sup>63</sup> STS de fecha 27 de mayo de 1996, Ar. 4523.

<sup>64</sup> SSTs de fechas 8 de mayo de 1996, Ar. 6166; 17 de febrero de 1998, Ar. 1635 y 25 de junio de 2001, Ar. 8748.

<sup>65</sup> STS de fecha 15 de noviembre de 1999, Ar. 10039.

ral, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados ha de concretar la disposición, acto o conducta impugnados y razonar su disconformidad a Derecho con la debida separación de los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan.

Con este escrito de demanda se acompañarán los documentos que procedan de los que ya se ha indicado han de acompañar al escrito de interposición, según los casos, por lo que lo ya indicado en relación con los mismos es aplicable igualmente al supuesto en que el procedimiento ordinario se inicia con esta demanda. Además se entiende que se acompañarán también los documentos en que el demandante directamente funde su derecho, y si no obraren en su poder, se designará el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren.

## 2. PLAZO DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### 2.1. Sujeción de la presentación del recurso contencioso-administrativo a los plazos establecidos en la Ley

El recurso contencioso-administrativo se ha de presentar, se inicie el procedimiento ordinario mediante el escrito de interposición del mismo o mediante demanda, dentro de los plazos que establece el artículo 46 de la Ley.

Ello es así, como indica la doctrina<sup>66</sup> haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, también cuando el acto contra el que se dirige el recurso contencioso-administrativo es nulo de pleno derecho. En efecto, nuestro alto Tribunal reconoce<sup>67</sup> la existencia del tradicional e indiscutible principio en Derecho privado de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad radical que tiene su reflejo en el 102.1 de la LRJ-PAC que permite que las Administraciones Públicas declaren, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos en que concurra una causa de nulidad de pleno derecho.

<sup>66</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

<sup>67</sup> STS de fecha 24 de octubre de 1994, Ar. 10116.

Sin embargo, al examinar su trascendencia en relación con los plazos para interponer recurso contencioso-administrativo, la tesis dominante<sup>68</sup> es la que considera que, en el caso de entablarse un recurso jurisdiccional en que se accione con base en la nulidad de pleno derecho el recurrente, ya sea tras la utilización de la acción prevista en el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, ya sea directamente, ha de someterse al plazo de ejercicio establecido en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incurriendo en caso contrario en extemporaneidad, con la obligada inadmisibilidad de su recurso por razones de seguridad jurídica, unidas a la exigencia del acto administrativo previo y subsiguiente carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El Tribunal Supremo expone<sup>69</sup>, además, las vías a las que se puede acudir de no interponerse en plazo el recurso contencioso-administrativo cuando se trata de un acto que incurre en causa de nulidad de pleno derecho, indicando que se puede instar al amparo del artículo 109 de la LRJ-PAC la revisión de oficio del mismo en cualquier momento y que, tratándose de disposiciones generales tachadas de nulidad, el demandante puede utilizar el cauce de la impugnación indirecta, a través de los recursos procedentes y en los plazos legalmente establecidos frente a los actos de aplicación de esas disposiciones.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto<sup>70</sup> que la consideración mantenida por el mismo de que las formalidades procesales han de entenderse siempre para servir a la justicia, y no como obstáculos encaminados a dificultar el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, permite, como ya se examinó, la posibilidad de que se lleven a cabo las subsanaciones de los defectos procesales susceptibles de ello y en un plazo fijo. Pero, sigue diciendo nuestro Alto Tribunal, ello no implica, en modo alguno, la posibilidad de inobservancia de plazos que la misma ley declara improrrogables, pues la fijeza y fatalidad de los mismos, es otro de los principios sobre los que descansa el proceso contencioso-administrativo.

En este sentido, nuestro alto Tribunal afirma, entre otras, en la sentencia de fecha 29 de mayo de 1995, que el artículo 24 CE no deja los plazos legales al arbitrio de las partes, ni somete a la libre disposición de éstas su prórroga ni, más en general, el tiempo en que han de ser cumplidos, sin que sea posible subsanar la extemporaneidad o incumplimiento de un plazo, el cual se agota a su término.

<sup>68</sup> SSTS de fecha 24 de octubre de 1994, Ar. 10116; 29 de enero de 1999, Ar. 363; 11 de julio de 2000, Ar. 5949; 26 de abril de 2001, Ar. 3424; 4 de marzo de 2003, Ar. 3166 y 10 de junio de 2004, Ar. 4806, entre otras.

<sup>69</sup> STS de fecha 11 de noviembre de 1994, Ar. 9302.

<sup>70</sup> SSTS de 24 de abril de 1984, Ar. 2575; 20 de octubre de 2004, Ar. 6458.

Es por ello que el artículo 128 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que «los plazos son improrrogables y una vez transcurridos se tendrá por caducado el derecho y por perdido el trámite que se hubiere dejado de utilizar. No obstante, se admitirá el escrito que proceda, y producirá sus efectos legales, si se presentase dentro del día en que se notifique el auto, salvo cuando se trate de plazos para preparar o interponer recursos».

Los plazos, indica la doctrina<sup>71</sup>, tampoco se interrumpen ni por el ejercicio de acciones ni por la interposición de recursos administrativos salvo en los supuestos en que así se establezca. En relación con los supuestos en que así se establece el Tribunal Constitucional se refiere, en la sentencia 219/2003, de 15 de diciembre, a la interpretación del artículo 58 de la entonces Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, donde se establecía el plazo para la interposición de los recursos de esa naturaleza, y del artículo 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (en adelante LJAG), precepto éste que regula la suspensión del curso del proceso en los supuestos de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, interpretación que se puede entender referida también al artículo 46 de la vigente LJCA en el que se establecen en la actualidad los plazos para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha declarado al respecto que sólo pueden computarse válidamente los plazos correspondientes, entre ellos, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, que queda, por ello, interrumpido, bien a partir del momento en el que los beneficiarios del derecho a la asistencia jurídica gratuita han recibido la notificación, en la debida forma, del nombramiento de los profesionales designados para su defensa o bien, en aquellos casos, como el que contempla en la sentencia referida, en los que no conste de manera fehaciente la notificación de dicha designación, desde el momento en que los profesionales designados realicen de manera efectiva alguna actuación orientada a la defensa de los ciudadanos a quienes se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita y que, por ello, «es obvio que esta circunstancia de la falta de constancia en el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la solicitud de asistencia jurídica gratuita de la fecha de la notificación del nombramiento del representante procesal del solicitante no puede jugar nunca en su perjuicio a la hora de fijar el momento de preclusión del plazo para la interposición del recurso

<sup>71</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

contencioso-administrativo. Por el contrario, al no constar el momento de notificación del nombramiento del Procurador encargado de su representación procesal en la vía contencioso-administrativa, el plazo procesal debe computarse en el caso presente desde el instante mismo en que este profesional realizó la primera actuación procesal en defensa de... que coincide, en el supuesto ahora enjuiciado, con el momento de la interposición del recurso contencioso-administrativo...».

Y es que el Tribunal Constitucional ha declarado<sup>72</sup> que la interpretación y aplicación judicial de la norma relativa al cómputo de plazos es cuestión de mera legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el art. 24.1 CE.

La apreciación de la interposición del recurso en el plazo establecido por la Ley ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional ante el que se presenta dicho recurso incluso de oficio, pudiendo el mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.f.d) de la LJCA, previa reclamación y examen del expediente administrativo, si lo considera necesario, declarar no haber lugar a la admisión del recurso cuando constare de modo inequívoco y manifiesto haber caducado el plazo de interposición del recurso.

Además, la presentación del escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido constituye una causa de inadmisibilidad del mismo que se puede considerar existente en el auto que estime la alegación previa que a esos efectos se puede efectuar por las partes demandadas dentro de los cinco primeros días del plazo para contestar a la demanda según el artículo 58 de la LJCA, o en la sentencia que declare la inadmisibilidad del recurso por tal causa de acuerdo con el artículo 69 de la LJCA.

En definitiva, como pone de manifiesto la doctrina<sup>73</sup> la interposición del recurso en el plazo establecido en la Ley es un presupuesto de

<sup>72</sup> STC 222/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003/222). En el mismo sentido las SSTC 219/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003/219); 188/2003, de 27 de octubre de 2003 (RTC 2003/188).

<sup>73</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez-Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando

admisibilidad del recurso, habiendo declarado el Tribunal Supremo<sup>74</sup> «las causas de inadmisibilidad son más que meras excepciones sometidas al principio dispositivo, constituyendo presupuesto de admisibilidad del proceso en cuanto al fondo y por ello examinables en cualquier momento, incluso de oficio, dado el carácter público de las normas procesales (S. 26 septiembre 1986 [RJ 1986/5991]), es más, el Tribunal ha precisado que incluso pueden plantearse en la segunda instancia, como ha hecho el Abogado del Estado, aun cuando no se hubieran planteado en la primera. (SS. 1 julio 1974 [RJ 1974/3214], 8 abril, 17 julio 1989 [RJ 1989/3312 y RJ 1989/5802], etc.)».

## 2.2. Plazos que establece la Ley

El artículo 46 de la LJCA establece distintos plazos en atención al tipo de actividad frente a la que se dirija el recurso contencioso-administrativo:

### a) Plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra actos y disposiciones.

El artículo 46.1 de la LJCA establece el plazo general para interponer el recurso contencioso-administrativo contra actos y disposiciones que es de *dos meses* contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso.

En cuanto al cómputo de este plazo general se hace necesario acudir, al no establecer la LJCA reglas específicas de cómputo de los plazos, a lo dispuesto en el Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) cuyo artículo 185 dispone que los plazos procesales se computarán con arreglo al Código Civil. El artículo 5 del Código Civil, establece, por su parte, que si los plazos estuviesen fijados por meses se computarán de fecha a fecha.

La forma en que ha de interpretarse la expresión «se computarán de fecha a fecha» ha dado lugar a no pocos pronunciamientos judiciales. En cuanto al *día en que se inicia el cómputo de los plazos señalados por meses*, el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente<sup>75</sup>

Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegú, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

<sup>74</sup> STS de fecha 16 de mayo de 1996, Ar. 4311.

<sup>75</sup> SSTs de fechas 7 de julio de 2000, Ar. 4624; 2 de diciembre de 2003, Ar. 67 de 2004; 28 de abril de 2004, Ar. 2510 que contienen abundantes citas jurisprudenciales.

que el plazo comienza a contarse a partir del día siguiente de la notificación o publicación del acto.

Se puede hacer referencia en este punto a que el artículo 48 de la LJR-PAC, con anterioridad a la modificación de dicha Ley por la Ley 4/1999, de 13 de enero, indicaba que en el caso de los plazos señalados por meses éstos se habían de computar de fecha a fecha pero el inicio de cómputo se fijaba en la fecha de la notificación no en el día siguiente. Ello propició una cierta confusión en la interpretación del día a partir del cual se iniciaba el cómputo de los plazos procesales establecidos por meses que se resolvió en la forma expuesta y admitiendo que el día inicial en el cómputo de los plazos procesales era diferente que en los plazos administrativos.

La Ley 4/1999, de 13 de enero, dio nueva redacción al artículo 48 de la LJR-PAC que, en la actualidad, dispone que si el plazo se fija en meses se computa a partir del día siguiente a aquel en que tiene lugar la notificación o publicación del acto de que se trate aunque no menciona que se compute de fecha a fecha. La interpretación que del mismo ha prevalecido es la que sostiene que esta modificación supone la unificación del cómputo de los plazos procesales y administrativos señalados por meses. De acuerdo con dicha interpretación si los plazos se fijan por meses han de computarse de fecha a fecha comenzando el cómputo de los mismos a partir del día siguiente al de la notificación o publicación del acto.

En relación con el día en que finalizan los plazos señalados por meses, nuestro alto Tribunal<sup>76</sup> ha mantenido en numerosas sentencias que determinan la existencia de un criterio que se puede considerar consolidado, que la fecha de vencimiento de dichos plazos es la del día correlativo mensual al de la fecha de notificación o publicación, de manera que habiéndose notificado el acto impugnado el día 17 de febrero, el plazo de impugnación vence el día 17 de abril. De esta manera se concluye<sup>77</sup> por el Tribunal Supremo que el recurso que se interpone un día después del último día del plazo así indicado es extemporáneo.

Además, como dispone el artículo 5 del Código Civil, cuando en el mes del vencimiento no hubiere día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes y, de acuerdo con el artículo 185.2 de la LOPJ, si el último día del plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

El artículo 128. 2 de la LJCA establece, por otra parte, que durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso con-

<sup>76</sup> SSTS de fechas 7 de julio de 2000, Ar. 4624; 2 de diciembre de 2003, Ar. 67 de 2004; 28 de abril de 2004, Ar. 2510 que contienen abundantes citas jurisprudenciales.

<sup>77</sup> STS de fecha 7 de julio de 2000, Ar. 4624.

tencioso-administrativo ni ningún otro de los previstos en esa Ley salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil. Por tanto, el mes de agosto no se cuenta en el cómputo de los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo que inicie el procedimiento ordinario.

La supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) establecida en la Disposición final segunda de la LJCA que dispone que, en lo no previsto por esta Ley, regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil, ha llevado a plantearse si es aplicable, a falta de previsiones distintas de las contenidas en el artículo 128 de la LJCA, el artículo 135.1 de la LEC, que se refiere a la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales, indicando que cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el lugar que se indica en el mismo al que aludiremos al tratar específicamente dicha cuestión.

El Tribunal Supremo sostuvo en un Auto de fecha 15 de octubre de 2001 que los apartados 1 y 2 del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son por completo ajenos, incluso por vía supletoria, a la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que el artículo 128.1 de la Ley reguladora de ésta diseña un sistema de presentación de escritos, transcurridos los plazos establecidos al efecto, completo y diferente del regulado en aquella normativa.

Sin embargo, en Autos posteriores, como son los de fecha 16 de abril de 2002 (JUR 2002\159107) y 26 de junio de 2003 (JUR 2003\116412), entre otros, y en varias sentencias mantiene lo contrario, esto es, que de acuerdo con el carácter supletorio de los preceptos de la LEC, se debe aplicar lo dispuesto por el artículo 135.1 de la misma por no existir en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ningún precepto que establezca el cómputo de los plazos de presentación de los escritos.

En sentencias de fecha 5 y 28 de abril de 2004, Ar. 4884 y 2510 nuestro alto Tribunal indica que reitera lo sostenido en otras anteriores y explica de una manera muy clara la postura que acaba adoptando. En efecto, señala el Tribunal Supremo que es «preciso tener en cuenta, a los efectos de que ahora se trata, que la indicada Ley de Enjuiciamiento Civil regula separadamente el cómputo de los plazos, lo que se hace en el artículo 133; el carácter improrrogable de aquéllos, del que se ocupa el artículo 134, y la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales, lo que se lleva a cabo en el artículo 135....».

Sigue diciendo nuestro alto Tribunal que «la finalidad a la que responde este apartado 1 es la de habilitar una forma de presentación de escritos de término al no ser posible hacerlo, dado lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo 135, en el Juzgado que preste el servicio de guardia. Dado el carácter supletorio de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la sustanciación del proceso Contencioso-Administrativo (Disposición Final Primera de la Ley de esta Jurisdicción 29/1998 [RCL 1998\1741] y art. 4 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que supone que esta Ley rige como supletoria en lo no previsto por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al no regularse por ésta la presentación de escritos de término cuando no es posible efectuar aquélla en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido, en virtud del expresado carácter supletorio hay que entender, como ya se ha indicado, que la referida presentación de escritos de término podrá efectuarse en la forma prevista en el artículo 135.1 al que nos venimos refiriendo».

Además, sostiene que «en contra de la conclusión sentada no puede alegarse que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se establece un sistema de presentación de escritos específico del proceso Contencioso-Administrativo. Dicho artículo, al igual que el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece que los plazos son improrrogables, si bien, y es esta una singularidad del proceso Contencioso-Administrativo, existe la posibilidad, conforme al apartado 1 de dicho artículo 128, de presentar el escrito que proceda dentro del día en que se notifique la resolución en la que se tenga por perdido el trámite que hubiere dejado de utilizarse. Pero preciso es resaltar que en dicho art. 128.1 no se regula una forma de presentación de escritos de término (Juzgado de guardia, en la normativa anterior a la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil [RCL 2000\34, 962 y RCL 2001, 1892], buzón, presentación del modo establecido en el artículo 135.1 de aquélla, o cualquier otra que pudiera establecerse), sino una rehabilitación de plazos salvo en los supuestos que en el mismo artículo se establecen. Por lo tanto, para verificar si en el repetido artículo 128.1 se establece alguna singularidad en el proceso Contencioso-Administrativo respecto del civil, dicho artículo se debe poner en relación, como se ha indicado, con el artículo 134 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por referirse ambos a la improrrogabilidad de los plazos, pero no se puede comparar con lo dispuesto en el artículo 135.1 de dicha Ley procesal civil al regularse en éste algo distinto como es la forma de presentación de un escrito cuando dicha presentación está sujeta a plazo».

Asimismo indica que «tampoco puede oponerse a la conclusión que se ha sentado sobre la aplicación del repetido art. 135.1, diciendo

que en el artículo 128.1 de la Ley de esta Jurisdicción se contiene un sistema de presentación de escritos, específico del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo, al establecer que la presentación del escrito que proceda, una vez transcurrido el plazo en principio establecido, debe hacerse, por imperativo de dicho artículo, «dentro del día en que se notifique el auto». Este precepto establece cuándo se debe presentar el escrito de que se trate después de transcurrido el plazo originario, pero no regula la forma de presentarlo el día del vencimiento (Juzgado de guardia, sistema del art. 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, buzón o cualquier otro que pudiera establecerse) cuando no es posible hacer dicha presentación en la Secretaría del Juzgado o Tribunal o en la oficina de servicio de registro central que esté establecido. Tampoco se indica en el referido artículo 128 la forma de presentar un escrito de término el día del vencimiento del plazo inicialmente concedido».

Debe añadirse, continua el Tribunal Supremo, «que la aplicación al proceso Contencioso-Administrativo de lo dispuesto en el art. 135.1 de continua referencia no deriva de que en dicho precepto legal se contenga una prórroga del plazo inicialmente concedido, y que por ello deba aplicarse en el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo al no regularse en la Ley de esta Jurisdicción el cómputo de los plazos. Ya se indicó anteriormente que en la Ley de Enjuiciamiento Civil se regulan separadamente el cómputo de los plazos, y, por tanto, y entre otros extremos, la prórroga de los mismos (art. 133), y la presentación de escritos, a efectos del requisito de tiempo de los actos procesales (art. 135). Por tanto, si bien la forma de presentación prevista en el indicado artículo 135.1 supone que materialmente el escrito de que se trate se presenta el día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en virtud, como se ha dicho, de la ficción legal presente en dicho precepto, formalmente el escrito hay que entenderlo presentado el día del vencimiento del plazo, sin que, por ello, pueda entenderse que en el repetido art. 135.1 se regule una prórroga del plazo inicialmente concedido».

Nuestro alto Tribunal se refiere a la misma cuestión en otra sentencia de fecha 2 de diciembre de 2002, Ar. 10827 que, aunque no se refiere al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo sino al recurso de casación, alude a la justificación del artículo 135.1, relacionándolo con los horarios de las oficinas judiciales y de los registros centrales y la previsión establecida en el apartado 2 del mismo precepto en el sentido de no admitirse la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia, por lo que se entiende aplicable igualmente cuando se trata de la interposición del recurso contencioso-administrativo.

En el sentido anteriormente apuntado afirma el Tribunal Supremo que «teniendo en cuenta que el plazo debe ser completo y, en consecuencia, para que eso ocurra debe comprender también el último día completo, hasta las veinticuatro horas, tal obligación no se cumpliría al cerrarse las oficinas judiciales y, donde existen los registros centrales a las quince horas, ...» y «desde el momento en que no existe atribución legal para la posible presentación de escritos, para que surtan efectos ante este orden jurisdiccional, en los Juzgados de Guardia y desaparecieron también los «buzones automáticos» —admitidos como «usus fori» por la propia jurisprudencia—, el acortamiento del plazo sería un hecho efectivo, de consecuencias perjudiciales para las partes, con una restricción innecesaria para la eficacia de la tutela judicial efectiva que si bien, como de forma reiterada se ha recordado, es garantía del recurso tiene también el límite de ser jurídicamente aceptable ...» por lo que se trata «de llevar a efecto una interpretación integradora de las normas que, de contrario, sin beneficio para nadie, podría conducir a una solución desproporcionada en razón de los fines perseguidos, cuando lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace al establecer ese plazo en el artículo 135.1, no es sino reponer el tiempo que falta al último día del plazo, para que éste pueda contarse por entero. Y eso parece que debe ser enteramente asumible por esta Jurisdicción contencioso-administrativa, mediante la integración del último inciso del párrafo segundo del artículo 128.1 con el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

#### b) Plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra actos presuntos.

Según el mismo artículo de la LJCA, si el acto no fuera expreso el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

El artículo 46 obliga a acudir a la normativa que establece cuándo se produce el acto presunto. La normativa en la materia está constituida por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), cuyos artículos 43 y 44 fueron objeto de nueva redacción por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la anterior. Dichos preceptos se refieren al silencio administrativo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado y en los que se tramitan de oficio respectivamente.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máxi-

mo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieren deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar que, en los casos de estimación por silencio sólo puede ser confirmatoria del mismo y, en los casos de desestimación por silencio administrativo, se ha de adoptar sin vinculación al sentido del silencio.

Los actos administrativos producidos por silencio administrativo ya no necesitan acreditarse mediante la certificación de actos presuntos sino que su existencia puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver.

Del artículo 44 resulta que en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración de la obligación legal de resolver pero en el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas individualizadas, los interesados que hubiesen comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

El Tribunal Constitucional ha venido declarando<sup>78</sup>, bajo la vigencia de la anterior Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo ha sido construida desde la perspectiva de garantizar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción. En ese sentido, ha afirmado que ha declarado en reiteradas ocasiones<sup>79</sup> que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos, deber éste que entronca con la cláusula del Estado de Derecho, así como los valores que proclaman los artículos 24.1, 103.1 y 106.1 CE. El silencio administrativo de carácter negativo, lo ha considerado, como una «ficción legal que responde a la finalidad de que el administrado pueda, previos los recursos pertinentes, llegar a la vía judicial superando los efectos de inactividad de la Administración, de manera que, en estos casos, no puede calificarse de razonable aquella interpretación de los preceptos legales que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver».

<sup>78</sup> STC 188/2003, de 17 de octubre (RTC 2003/188).

<sup>79</sup> Cita las SSTC 6/1986, de 21 de enero (RTC 1986/6); 204/1987, de 21 de diciembre (RTC 1987/204); 180/1991, de 23 de septiembre (RTC 1991/180); 86/1998, de 21 de abril (RTC 1998/86); 71/2001, de 26 de marzo (RTC 2001/71).

Así, ha añadido el Tribunal Constitucional que «si el silencio administrativo es una institución creada para evitar los efectos paralizantes de la inactividad administrativa, es evidente que ante una resolución presunta de esta naturaleza el ciudadano no puede estar obligado a recurrir, siempre y en todo caso, so pretexto de convertir su inactividad en consentimiento con el acto presunto, exigiéndole un deber de diligencia que no le es exigido a la Administración».

Se ha referido incluso el Tribunal Constitucional<sup>80</sup> a la interpretación mantenida durante un tiempo por el mismo y el Tribunal Supremo<sup>81</sup>, durante la vigencia de la anterior Ley de Procedimiento, del silencio negativo en relación con el artículo 79.4 de la misma que establecía que las notificaciones defectuosas surtían efecto por el transcurso del plazo de seis meses si el interesado no había hecho protesta formal en este plazo.

La referida tesis consistía en considerar que, en los casos de silencio negativo, podía entenderse, como máximo, que el particular conoce el texto íntegro del acto —la denegación por silencio—, pero no los demás extremos que deben constar en toda notificación, por lo que, siendo entonces defectuosa, conforme a la LPA, sólo surtirá efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado, o se interponga el recurso pertinente, o por el transcurso de seis meses, concluyendo, por lo que ahora interesa, que podía calificarse de razonable una interpretación que computara el plazo para recurrir contra la desestimación presunta del recurso de reposición como si se hubiera producido una notificación defectuosa, lo que dio lugar a la aplicación del artículo 79 de la LPA y, por tanto, a una ampliación del plazo de un año del artículo 58.2 de la anterior LJCA por seis meses más, pero no la posibilidad de considerar indefinidamente abierto el plazo para recurrir en caso de denegación presunta del recurso de reposición, con olvido de los límites impuestos por el referido artículo 58.2 y del principio de seguridad jurídica a que responde.

El Tribunal Constitucional se refiere a esa interpretación en sentencias más recientes<sup>82</sup> para indicar que se desechó a partir de un cierto momento por considerarla contraria a la efectividad del derecho a

<sup>80</sup> STC 188/2003, de 17 de octubre (RTC 2003/188).

<sup>81</sup> La STS de fecha 23 de septiembre de 1994, Ar. 6881 indica que la tesis que expone se inicia en la Sentencia de 16 octubre 1987 (RJ 1987/7317), y es seguida después por la Sentencia de 28 noviembre 1989 (RJ 1989/8359), que armoniza la interpretación del artículo 58.2 de la anterior LJCA con lo declarado por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 21 enero 1986 (RTC 1986/6) y 21 diciembre 1987 (RTC 1987/204). En el mismo sentido se puede citar la SSTS de fechas 10 de diciembre de 1990, Ar. 10198; 19 de febrero de 2002, Ar. 3515.

<sup>82</sup> STC 188/2003, de 17 de octubre (RTC 2003/188).

la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24.1 de la CE. Por otra parte, la vigente LRJ-PAC no regula de la misma manera las notificaciones defectuosas estableciendo, en su artículo 58, en relación con las mismas, que surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación o resolución, o interponga cualquier recurso que proceda, artículo respecto al cual el Tribunal Constitucional no se pronuncia en esas mismas sentencias<sup>83</sup>. Pero, de aplicarse la interpretación según la cual puede considerarse que, en los casos de silencio negativo, el particular no conoce todos los extremos que deben constar en toda notificación, por lo que se han de tratar tales casos como si el conocimiento de la denegación por silencio fuese una notificación defectuosa, y aplicarse el artículo 58 de la LRJ-PAC, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo comenzaría a computarse a partir de la fecha en que el interesado realizara actuaciones que supusieran el conocimiento del contenido y alcance de la actuación a recurrir.

En cuanto a las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional, que llevarían a considerar que en los casos de silencio negativo el interesado puede interponer recurso contencioso-administrativo en cualquier momento hasta que recaiga resolución expresa, no se puede dejar de indicar que la nueva LJCA vuelve a establecer un plazo para recurrir en los casos en que se está ante actos presuntos por lo que no puede entenderse como desproporcionada una interpretación de los mismos que se ajusta a lo que de sus propios términos resulta.

El establecimiento de unos plazos no ya sólo por la vigente LJCA sino también por la anterior se consideró, por el Tribunal Supremo<sup>84</sup> una aplicación del principio de seguridad jurídica pues afirma que no existe la posibilidad de dejar indefinidamente abierta la posibilidad de recurrir en esos casos. La doctrina<sup>85</sup> pone de relieve que, además, dicha posibilidad de dejar abierto el plazo para incoar el proceso administrativo hasta que recaiga resolución expresa puede lesionar derechos o intereses legítimos de terceros. Nuestro alto Tribunal<sup>86</sup> alude también a la existencia de omisión o inactividad de la parte que interpone el recurso contencioso-administrativo fuera del plazo previsto en la LJCA.

<sup>83</sup> Las SSTS de fechas 4 de febrero de 2002, Ar. 2731 y 11 de febrero de 2004, Ar. 994 explican la interpretación del artículo 58 de la anterior LJCA una vez que entró en vigor la LRJ-PAC.

<sup>84</sup> STS de fecha

<sup>85</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

<sup>86</sup> STS de fecha 11 de noviembre de 1998, Ar. 8222.

No se puede desconocer que el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 23 de enero de 2004, Ar. 1021, desestima un recurso de casación en interés de la Ley por el que se pretendió que se declarase que «el plazo para interponer el recurso Contencioso-Administrativo frente a actos presuntos negativos, esto es, desestimatorios de la pretensión, es el establecido por el art. 46.1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es decir, el de seis meses a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto».

En dicha sentencia de fecha 23 de enero de 2004, Ar. 1021 el Tribunal Supremo considera que, «...tratándose de silencio negativo, desde la reforma de la Ley 30/1992 por Ley 4/1999 (RCL 1999\114, 329), ya no cabe hablar de actos presuntos desestimatorios sino sólo —nuevamente— de ficción legal que abre la posibilidad de impugnación, en beneficio del interesado. Así resulta de la nueva redacción del art. 43.3 de dicha Ley de Procedimiento Administrativo Común, al diferenciar los efectos del silencio estimatorio y desestimatorio, señalando para este último —a diferencia del primero o positivo— que la «desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o Contencioso-Administrativo que resulte procedente». Para la estimación por silencio se dice que tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. Para la desestimación, por el contrario, que tiene «los solos efectos» dichos. 6. Por ello, el supuesto de desestimaciones por silencio negativo ya no puede entenderse comprendido en la previsión del art. 46.1 LJCA, promulgada en momento en que la Ley 30/1992 sí parecía considerar tales desestimaciones como verdaderos actos y no simplemente como una ficción legal. Tampoco en el supuesto —más problemático quizás— «ex» art. 46.4 LJCA, que no habla de producción de acto presunto sino de inteligencia de presunta desestimación —en referencia quizás a la ficción jurídica—. Pero que se refiere explícitamente al recurso potestativo de reposición, siendo así que en el caso se trata de recursos de reposición de preceptiva interposición —por recaer, los actos originariamente combatidos, en materia de aplicación y efectividad de los tributos locales; arts. 14.2 LHL y 108 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local (RCL 1985\799 y 1372—. 7. Desde tales premisas, se comprende que quepa concluir —como hacemos— que en la ordenación legal comentada encuentra de nuevo perfecto encaje la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual no cabe apreciar extemporaneidad en la vía jurisdiccional cuando la Administración incumple su obligación de resolver».

Sin embargo, la doctrina<sup>87</sup> pone de manifiesto que la propia LRJ-PAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al regular los plazos para interponer los recursos de alzada y el recurso potestativo de reposición indica, en el artículo 115, que el plazo para interponer el recurso de alzada es de tres meses si el acto no fuera expreso y se contará para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo y en el artículo 117 que el plazo para interponer el recurso potestativo de reposición es también de tres meses si el acto no fuera expreso y se contará para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica se produzca el acto presunto.

Es decir, la misma LRJ-PAC, tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, habla de actos presuntos y de los efectos del silencio administrativo en la misma forma que el artículo 46 de la LJCA que la sentencia referida considera superado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de lo que se deduce que la LJCA es acorde con ella. Por otra parte, si la LRJ-PAC, en la redacción dada a la misma por la Ley 4/1999, de 13 de enero, contempla unos plazos que son aplicables, se puede considerar la desestimación por silencio como un verdadero acto presunto o como una mera ficción legal, para interponer recursos administrativos, lo cierto es que también es aplicable el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo que establece el artículo 46 de la LJCA, que utiliza la misma terminología.

Además, se puede aludir a que el propio Tribunal Supremo, aunque desestima, en sentencia de fecha 28 de enero de 2003, Ar. 1508, el recurso de casación en interés de la Ley por el que se solicitó que se fijara como doctrina legal que aun cuando el acto presuntamente se dicte por silencio administrativo debe ser recurrido dentro de los plazos señalados, pues en caso contrario, dichos actos devienen en firmes y consentidos y por ello, inatacables, aplicando la causa de inadmisibilidad contemplada legalmente, que la parte recurrente concreta en el artículo 69.c) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998\1741), que expresamente excluye del recurso contencioso-administrativo, como causa de inadmisibilidad, aquellos supuestos en que el objeto de impugnación está excluido de conocimiento por parte de esta jurisdicción, en coherencia con las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1998, 7 de diciembre de 1989 y 8 de abril de 1997, entre otras, afirma que «la pretensión formulada de manera genérica y abstracta contiene

<sup>87</sup> Jesús González Pérez: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.



la afirmación de una doctrina ya reiterada por esta Sala y no permite apreciar la estimación del recurso de casación en interés de ley, ya que la finalidad del recurso cumple una función nomofiláctica que no tiene como objetivo la resolución del conflicto ni la tutela de un derecho o interés legítimo, sino que persigue velar por la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, siendo así que la pretensión reitera una doctrina jurisprudencial ya consagrada por la Sala».

El día inicial del cómputo es el día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto. En cuanto a la posibilidad de que se pueda interponer el recurso contencioso-administrativo con anterioridad al mismo, el Tribunal Supremo<sup>88</sup> se refiere a la anticipación del escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, es decir, a la interposición del mismo antes de que hubiera transcurrido el plazo máximo establecido para dictar resolución expresa en relación con una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, indicando al respecto que la anticipación en la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, que tuvo entrada antes del transcurso del plazo para que pudiera entenderse desestimada la petición de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, es susceptible de ser entendida como subsanada por el mero transcurso del tiempo, según reiterada jurisprudencia, máxime cuando dicho plazo había transcurrido antes de formalizar el escrito de demanda.

Por otra parte, la Administración debe dictar resolución expresa que, como ya indicábamos, en los casos de estimación por silencio sólo puede ser confirmatoria del mismo y, en los casos de desestimación por silencio administrativo, se ha de adoptar sin vinculación al sentido del silencio.

La LJCA se refiere al supuesto en que, interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acto presunto se dictare durante su tramitación resolución expresa, indicando, en el artículo 36.4, que cuando en los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos presuntos la Administración dictare durante su tramitación resolución expresa respecto de la pretensión inicialmente deducida, será aplicable lo dispuesto en el apartado 1 sobre la ampliación del recurso. En tal caso, se prevé por el artículo 36.4 que el recurrente pueda desistir del recurso interpuesto con fundamento en la aceptación de la resolución expresa que se hubiere dictado o solicitar la ampliación a la resolución expresa. Una vez producido el desistimiento del recurso inicialmente interpuesto, el plazo para recurrir la resolución expresa, que será de dos meses, se contará desde el día siguiente al de la notificación de la misma.

<sup>88</sup> STS de fecha 23 de febrero de 1999, Ar. 2040.

El Tribunal Supremo considera<sup>89</sup> que, en ese supuesto, aquella resolución tardía no altera sustancialmente la relación jurídico-procesal, que no elimina el acto presunto desestimatorio contra el que se había dirigido el recurso jurisdiccional. Es por ello que la LJCA prevé que se pueda desistir el mismo o que se amplíe para incorporar la resolución expresa.

En caso de no haberse interpuesto recurso administrativo contra el denominado por la LJCA acto presunto, el Tribunal Supremo afirma<sup>90</sup> que, «... como ha dicho la S. 24-1-1989 (RJ 1989\479), ello no puede nunca perjudicar al interesado que siempre tendrá la posibilidad de su impugnación según las reglas generales y sin que sea admisible una posible excepción de acto consentido o de inadmisibilidad en razón del silencio administrativo».

El Tribunal Constitucional, por su parte, sostiene<sup>91</sup> que «cuando existe una notificación de un acto de ejecución contra el que el interesado ha interpuesto los recursos pertinentes en el plazo establecido por la Ley», hay que entender que este acto expreso de ejecución «implica al mismo tiempo una reiteración del acto resolutorio del que trae causa, que no puede entenderse consentido y, en consecuencia, reabre los plazos legales de impugnación también de dicho acto resolutorio» (SSTC 204/1987, de 21 de diciembre [RTC 1987\204], F. 5; y 188/2003, de 27 de octubre [RTC 2003\188], F. 5).

No se puede dejar de indicar, sin embargo, que la resolución inicial y el acto de ejecución del mismo son actos distintos aunque éste pueda considerarse reproducción del anterior por lo que uno y otro está sujeto a los plazos establecidos en la Ley para recurrir contra cada uno de ellos y que las mismas razones expuestas para considerar que es aplicable el plazo establecido por la LJCA para interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio determinan que, transcurrido el mismo, no pueda sino considerarse consentido el denominado acto presunto no recurrido.

### c) *Plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en aquellos casos en que contra un acto expreso o un acto presunto se ha interpuesto el recurso potestativo de reposición.*

El plazo de *dos meses*<sup>92</sup> para interponer el recurso contencioso-administrativo se cuenta a partir del día siguiente a aquel en que se

<sup>89</sup> STS de fecha 10 de julio de 2001, Ar. 6169.

<sup>90</sup> STS de fecha 18 de febrero de 1992, Ar. 2831.

<sup>91</sup> SSTC 188/2003, de 24 de octubre (RTC 2003\188); 220/2003, de 15 de diciembre, RTC 2003\220.

<sup>92</sup> Así lo mantienen José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel

notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición y el de *seis meses*<sup>93</sup> a partir del día siguiente a aquel en que deba entenderse presuntamente desestimado.

Son aplicables en relación con este apartado las consideraciones efectuadas en los apartados anteriores en relación con cada uno de los supuestos que contempla.

Se puede indicar, además, en lo que se refiere al plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición, que el Tribunal Constitucional efectuó en las sentencias 188/2003, de 24 de octubre (RTC 2003\188) y 220/2003, de 15 de diciembre (RTC 2003\220) las declaraciones ya expuestas en relación con el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra los actos presuntos, en supuestos en los que se habían interpuesto o, al menos, se habían considerado interpuestos recursos de reposición contra actos de liquidación tributarios que no fueron resueltos en plazo, por lo que se pudieron entender desestimados por silencio, pese a lo cual no se interpusieron recursos contencioso-administrativos contra esas desestimaciones por silencio en el plazo establecido al efecto sino que se interpusieron a la vez contra dichas desestimaciones y contra los actos de ejecución de las resoluciones iniciales dentro del plazo establecido para interponer recurso contra los actos de ejecución expresos, recursos que fueron inadmitidos por considerar el órgano jurisdiccional que se habían interpuesto contra actos que eran reproducción de otros consentidos por no haber sido recurridos en plazo.

Declara, a este respecto, el Tribunal Constitucional que las resoluciones que inadmitieron los recursos contencioso-administrativos vulneran el artículo 24 de la CE en cuanto se adoptan en base a una interpretación que se considera desproporcionada en cuanto que la Administración no puede verse beneficiada por el incumplimiento de su obligación de resolver expresamente en plazo solicitudes de los ciudadanos.

En las sentencias referidas, conforme a lo ya expuesto, sostiene el Tribunal Constitucional que, conforme a su doctrina constitucional,

Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella en «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

<sup>93</sup> Iñaki Agirreazkueña, Jerónimo Arozamena Sierra, Javier Barnés Vázquez, Carmen Chinchilla Martín, Diego Córdoba Castroverde, Francisco Delgado Piqueras, Antonio Embid Irujo, Pablo García Manzano, Nicolás González-Deleito, Jesús Leguina Villa, Encarnación Montoya Martín, Luis Ortega Álvarez, Fernando, Miguel Sánchez Morón, Joaquín Tornos Más dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid 1999.

en los casos en los que la Administración, soslayando su deber legal de resolver de forma expresa el recurso presentado por un obligado tributario, dicta actos dirigidos a la recaudación de la deuda impugnada, bien mediante la emisión y notificación de la correspondiente providencia de apremio (como sucedió en el supuesto analizado en las SSTC 204/1987 y 188/2003), bien mediante el requerimiento de pago de la deuda impugnada (como ocurre en el que analiza en la STC 220/2003), debe entenderse que el nuevo acto expreso de recaudación implica, además, una desestimación del recurso administrativo previamente interpuesto, pudiendo accionar el obligado tributario, en consecuencia, no sólo contra este nuevo acto de gestión tributaria, sino también contra aquél, del que trae causa.

Es decir, «que el requerimiento administrativo de pago efectuado por el Ayuntamiento demandado habilitaría a la hoy demandante de amparo no sólo a impugnar aquél por los vicios que puedan serle imputables, sino también la liquidación de la que trae causa, tanto por motivos formales como materiales». Nos remitimos, al respecto, a lo ya expuesto en el apartado correspondiente al plazo para recurrir contra los actos presuntos en que se tratan las cuestiones que plantean el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

#### d) Plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En los supuestos previstos en el artículo 29, el plazo establecido es de *dos meses* y se cuenta a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en dicho artículo.

El artículo 29.1 dispone que, cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de uno o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En ese caso, por tanto, *el plazo se cuenta a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de tres meses* desde la reclamación a la Administración del cumplimiento de la obligación que tenga la misma, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, de

realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas.

El apartado 2 del artículo 29 establece que cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78. En ese supuesto *el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo comienza a partir del día siguiente al vencimiento del mes desde la petición de la ejecución de los actos firmes de la Administración.*

**e) Plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra una actuación en vía de hecho.**

El plazo para interponer el recurso, dispone el artículo 46.3 de la LJCA que será de *diez días* a contar desde el día siguiente a la terminación del plazo de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento que el interesado puede formular a la Administración intimando la cesación de la actuación en vía de hecho y, si no hubiera requerimiento, el plazo será de *veinte días* desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

La doctrina<sup>94</sup> critica la reducción del plazo general para interponer recurso contencioso-administrativo que pasa a ser de diez o veinte días según se haya formulado o no requerimiento a la Administración actuante intimando la cesación de la actuación constitutiva de vía de hecho, pues aunque se pudiera pensar que «el legislador pretende acortar el plazo para permitir un más rápido acceso jurisdiccional», lo cierto es que «la reducción del plazo tan sólo beneficia a la Administración».

Además, la doctrina<sup>95</sup> ha puesto de manifiesto que en el caso en que el administrado opte por acudir directamente a los Tribunales el plazo de veinte días establecido al efecto se computa desde el día en

<sup>94</sup> Iñaki Agirreazkuena, Jerónimo Arozamena Sierra, Javier Barnés Vázquez, Carmen Chinchilla Marín, Diego Córdoba Castroverde, Francisco Delgado Piqueras, Antonio Embid Irujo, Pablo García Manzano, Nicolás González-Deleito, Jesús Leguina Villa, Encarnación Montoya Martín, Luis Ortega Álvarez, Fernando, Miguel Sánchez Morón, Joaquín Tornos Más dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid 1999.

<sup>95</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gardasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

que se inició la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho. En cambio, cuando el administrado opta por requerir a la Administración para que cese en su actuación, no se establece que el requerimiento haya de efectuarse en ningún plazo.

De esa forma, la doctrina afirma<sup>96</sup> que si hubiesen transcurrido veinte días desde el inicio de la actuación constitutiva de vía de hecho, el administrado no puede recurrir directamente contra la actuación en vía de hecho pero puede requerir a la Administración para que cese en su actuación y, si no lo hiciere en diez días, interponer, en el plazo de otros diez días contados a partir del día siguiente a la terminación de aquel recurso contencioso-administrativo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 de la LOPJ en los plazos señalados por días quedarán excluidos los inhábiles y, de esa forma, si el último día del plazo fuera inhábil se entiende que termina el primer día hábil siguiente.

El Tribunal Supremo se ha referido, en sentencia de fecha 25 de abril de 2003, Ar. 3736, a la anticipación de la interposición del recurso contencioso-administrativo, en un supuesto en que interpuso el recurso con anterioridad al transcurso del plazo de 20 días siguientes al requerimiento formulado el 3 de marzo de 1999 ante la Agencia Estatal Tributaria con el objeto de que procediera a la devolución de la documentación y de los soportes informáticos incautados.

Pues bien, nuestro alto Tribunal declara que el principio antiformalista que rige en la jurisdicción, impide cerrar el proceso jurisdiccional cuando es la propia Administración la que con su falta de diligencia en cumplimentar una decisión jurisdiccional, recaída en este supuesto en el orden jurisdiccional penal, confiere la carencia de cobertura legítima a la actuación administrativa propiciando presuntamente la actuación lesiva de los derechos fundamentales de los particulares y alude al criterio jurisprudencial reiterado que entiende convalidada la interposición prematura cuando al tiempo de constituirse la relación jurídico procesal se han cumplido los plazos establecidos para la producción del silencio administrativo, sin que la Administración hubiera dictado resolución expresa, como entiende

Iñaki Agirreazkuena, Jerónimo Arozamena Sierra, Javier Barnés Vázquez, Carmen Chinchilla Marín, Diego Córdoba Castroverde, Francisco Delgado Piqueras, Antonio Embid Irujo, Pablo García Manzano, Nicolás González-Deleito, Jesús Leguina Villa, Encarnación Montoya Martín, Luis Ortega Álvarez, Fernando, Miguel Sánchez Morón, Joaquín Tornos Más dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid 1999.

<sup>96</sup> José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado, José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gardasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

que ha sucedido en el caso que resuelve y recuerda en la sentencia de fecha 14 de enero de 1998 (RJ 1998/564).

#### f) Plazo para interponer recurso de lesividad.

El plazo para interponer recurso de lesividad será de *dos meses* a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

Las Administraciones Públicas pueden declarar lesivos para el interés público los actos favorables a los interesados que sean anulables a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Ahora bien, la declaración de lesividad no podrá adoptarse, según el artículo 103.2 de la LRJ-PAC, transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo.

En relación con el referido plazo establecido para la declaración de lesividad, el Tribunal Supremo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, declara<sup>97</sup> respecto al el plazo de cuatro años que se otorga a la Administración para la declaración de lesividad, cuando ella deba asumir la posición actora, que del mismo no deriva la situación de desigualdad para con las partes actoras en lo concerniente al plazo para recurrir, que el actor invoca, dado que se señaló a la Administración para la interposición del contencioso el mismo plazo de 2 meses, a partir de la declaración de lesividad, y visto que aquel otro mayor, que indirectamente también influye en la impugnación del acto lesivo, está fundado en la presunción de validez de los actos administrativos, y en los intereses generales que, por imperativo del artículo 103.1 de la Constitución, aquélla está llamada a cumplir, lo que constituye razón objetiva de la desigualdad.

También indica nuestro alto Tribunal<sup>98</sup> que la declaración de lesividad «constituye un presupuesto procesal indiscutible, como, por ejemplo, ha recordado una sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1999 (RJ 1999/4497), declaración que, además, ha de tener lugar dentro del plazo de cuatro años desde que se dictó el acto administrativo de cuya declaración de lesividad y de cuya impugnación ante dicha Jurisdicción se trata, plazo aquel cuyo cómputo —que es lo que constituye única cuestión combatida— ha de partir, sin duda, de la fecha de tal acto, y no de la de ninguno otro posterior, si es de ejecución, o complementario, o derivado».

<sup>97</sup> SSTs de fechas 15 de noviembre de 1994, Ar. 9055 y 9056.

<sup>98</sup> STS de fecha 10 de octubre de 2000, Ar. 8245.

#### g) Plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en los litigios entre Administraciones Públicas.

El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en los litigios entre Administraciones Públicas es de *dos meses* salvo que por Ley se establezca otra cosa, contándose el plazo, cuando hubiere precedido el requerimiento que la Administración que interponga el recurso puede dirigir a la otra previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a que esté obligada, desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado.

La salvedad efectuada por la LJCA en el apartado 6 del artículo 46 es consecuente con la efectuada en el apartado 4 del artículo 44 en relación con lo dispuesto en la legislación de régimen local. Los artículos 63 a 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local establecen la regulación de la impugnación de actos y acuerdos de las Entidades Locales por la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas.

Cuando no hubiere precedido el requerimiento la doctrina<sup>99</sup> pone de manifiesto que el apartado 6 del artículo 46 de la LJCA no se establece ninguna previsión sobre el inicio del cómputo del plazo y que, por ello, se plantea si empieza a computarse desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad, por analogía con lo dispuesto en el artículo 44.2 en el que se regula el inicio del cómputo del plazo para efectuar el requerimiento en vía administrativa o desde el día siguiente a la publicación de la disposición o al de la notificación o publicación del acto, conforme al régimen general.

En la medida en que en los litigios entre Administraciones Públicas la que pretende recurrir un acto, actuación o inactividad no es necesariamente la destinataria del acto, actuación o inactividad parece que el plazo habría de computarse desde que hubiera conocido o podido conocer el acto.

<sup>99</sup> Iñaki Agirreazkuenga, Jerónimo Arozamena Sierra, Javier Barnés Vázquez, Carmen Chinchilla Marín, Diego Córdoba Castroverde, Francisco Delgado Piqueras, Antonio Embid Irujo, Pablo García Manzano, Nicolás González-Deleito, Jesús Leguina Villa, Encarnación Montoya Martín, Luis Ortega Álvarez, Fernando, Miguel Sánchez Morón, Joaquín Tornos Más dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón: «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid 1999.

### 3. LUGAR DE PRESENTACIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La determinación del lugar donde deben producirse los actos procesales y, por tanto, en lo que se refiere al acto de iniciación del procedimiento ordinario, el lugar de presentación del recurso contencioso-administrativo figura, según el Tribunal Constitucional<sup>100</sup>, al que se refiere el Tribunal Supremo, en sentencia de fecha 20 de octubre de 2004, Ar. 6458, entre los presupuestos o condiciones de los actos procesales y como requisito para su válida y eficaz realización.

El Juzgado o Tribunal al que se dirige el recurso contencioso-administrativo ha de ser el que se entiende, en atención a la actuación que se recurre, que es el competente. De ello se infiere por el Tribunal Supremo que el recurso ha de presentarse ante el órgano competente o, al menos, ante el que razonablemente se entiende competente. Así, en un supuesto en que el recurso contencioso-administrativo se interpuso contra una licencia otorgada por el Ayuntamiento de Tegui se perteneciente a la provincia de Las Palmas en que tenía sede la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias pero se presentó el último día de plazo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tenerife sin que el acto tuviese ningún aspecto que justificase la competencia del mismo, se entendió por el Tribunal Supremo<sup>101</sup> que dicha presentación se había efectuado en fraude de Ley.

En relación con dicho supuesto el Tribunal Supremo declaró, en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2000, Ar. 3666, que «...son principios básicos de la materia que decidimos. Primero, que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo ha de presentarse ante el órgano competente. Segundo, que en materia de competencia territorial la competencia viene legalmente determinada de modo indudable, mediante la determinación de la provincia a la que pertenece el ente que «realiza» el acto, en este caso, y habiéndose realizado el acto por el Ayuntamiento de Tegui se, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Las Palmas. La regla que atribuye la competencia a la Sala de Las Palmas no es una mera regla de distribución de trabajo y de naturaleza interna, sino una regla competencial establecida en la Ley. Tercero, que no puede pensarse que la Comunidad Autónoma de Canarias desconozca la provincia canaria a la que pertenece el municipio de Tegui se. Cuarto, que la regla del artículo octavo de la Ley Jurisdiccional sobre la competencia no habilita a los órganos de

<sup>100</sup> STC 90/2002, de 22 de abril (RTC 2002/90).

<sup>101</sup> STS de fecha 6 de marzo de 2000, Ar. 3666.

las Comunidades Autónomas, y cuando de competencia territorial se trata, a utilizar las Salas de lo Contencioso de los órganos jurisdiccionales como si fueran juzgados de guardia. La regla de dicho precepto justifica la interposición de un recurso contencioso-administrativo ante un órgano jurisdiccional al que es razonable tener por competente para el conocimiento de la cuestión sometida a su decisión en aplicación de alguno de los criterios de atribución competencial de los órganos jurisdiccionales. Cuando, como en este caso sucede, no hay duda de la competencia jurisdiccional, ni siquiera para quien presenta el escrito de interposición —pues parece que existen otros recursos que han sido interpuestos de modo correcto—, no está justificada la presentación del recurso en órgano jurisdiccional distinto del competente».

En consecuencia, nuestro alto Tribunal afirmó, en la sentencia referida, que «la norma de cobertura del fraude que se lleva a cabo, en este caso el artículo octavo de la Ley Jurisdiccional, no legitima el acto realizado, pues para que ello fuera posible se requeriría que el acto impugnado tuviera algún aspecto que justificase la competencia de la Sala de Tenerife, ante la que se ha presentado el escrito de interposición del recurso, lo que evidentemente no sucede en el asunto que se decide».

Los recursos contencioso-administrativos deben presentarse, para que su interposición sea eficaz, en primer lugar, en la Secretaría del Juzgado o Tribunal al que vayan dirigidos, pues sólo de este modo, dicen tanto el Tribunal Constitucional<sup>102</sup> como el Tribunal Supremo<sup>103</sup>, puede el Secretario como único titular de la fe pública judicial poner diligencia para hacer constar el día y hora de presentación de las demandas, de los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a un plazo perentorio y, sigue diciendo nuestro alto Tribunal<sup>104</sup>, se satisface adecuadamente el principio de seguridad jurídica, se tiene certeza del transcurso de los plazos procesales y los órganos jurisdiccionales pueden hacer efectivo, puntualmente, el impulso procesal de oficio.

En segundo lugar también pueden presentarse los recursos contencioso-administrativos en el Registro General del Juzgado o Tribunal al que se dirijan cuando estuviere establecido dicho servicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 272.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como así mismo indican el Tribunal Constitucional<sup>105</sup>

<sup>102</sup> Auto del TC n.º 80/1999, de 8 de abril de 1999 (RTC 1999/80).

<sup>103</sup> SSTS de fecha 3 de diciembre de 1990, Ar. 9570; 20 de abril de 2001, Ar. 9835.

<sup>104</sup> STS de fecha 15 de abril de 1990, Ar. 2764.

<sup>105</sup> Auto del TC n.º 80/1999, de 8 de abril de 1999 (RTC 1999/80).

y el Tribunal Supremo<sup>106</sup>, por asumir también dicho Registro la función de hacer constar el día y hora de presentación de los escritos.

El Tribunal Constitucional<sup>107</sup> y el Tribunal Supremo<sup>108</sup> vinieron admitiendo incluso, cuando en el edificio judicial existía el llamado «buzón» previsto en la Orden de 17 de noviembre de 1914, ya desaparecido como pone de manifiesto el propio Tribunal Supremo<sup>109</sup>, que la presentación de los escritos y documentos podía efectuarse en el mismo, si se depositaban antes de las veinticuatro horas del día anterior a la mañana en que eran recogidos, para tutelar y garantizar los derechos de los litigantes.

Durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, se podían presentar excepcionalmente ante el Juzgado de Guardia. En efecto, el Tribunal Supremo había puesto de manifiesto<sup>110</sup> que, de lo dispuesto en los artículos 1 y 250 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, que se aplicaba supletoriamente a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por disponerlo expresamente la Disposición Final Primera de la misma; 268.1, 281 y 283 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 41 del Reglamento número 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, aprobado por el Consejo General del Poder Judicial como Anexo V del Acuerdo de 7 de junio de 1995 resultaba que: la presentación de escritos judiciales debía tener lugar precisamente en la sede —Secretaría o Registro General, en su caso— del Juzgado o Tribunal al que vayan dirigidos o, excepcionalmente, ante el Juzgado de Guardia; y que la válida presentación en este último requería: a) que estuviera sujeta a plazo perentorio y, por tanto, que el día de la presentación fuera el último día del plazo, pues sólo entonces cabe hablar del efecto perentorio del mismo; b) que tuviera entrada una vez concluida la jornada de trabajo del Juzgado o Tribunal destinatario y c) que se tratara de escritos dirigidos a cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de la misma sede.

En este sentido nuestro alto Tribunal indicaba<sup>111</sup> que debía recordarse la reiterada jurisprudencia de la Sala, plasmada, entre otros muchos, en Auto de 30 de noviembre de 1998, que declaraba que la

<sup>106</sup> STS de fecha 20 de abril de 2001, Ar. 9835.

<sup>107</sup> Auto del TC nº 80/1999, de 8 de abril de 1999 (RTC 1999/80).

<sup>108</sup> SSTS de fecha 10 de junio de 1993, Ar. 5041; 22 de febrero de 1994, Ar. 1459; 20 de abril de 2001, Ar. 9835.

<sup>109</sup> STS de fecha 2 de octubre de 2002, Ar. 10827.

<sup>110</sup> STS de fecha 20 de octubre de 2004, Ar. 6458. En el mismo sentido se pueden citar las SSTS de fechas 10 de julio de 1996, Ar. 6188; 3 de junio de 1997, Ar. 5067; 30 de enero de 2001, Ar. 2409; 28 de enero de 2002, Ar. 655; 9 de abril de 2002, Ar. 3855 y 20 de mayo de 2002, Ar. 6215 que cita la STC 165/1996, de 28 de octubre.

<sup>111</sup> STS de fecha 7 de julio de 2000, Ar. 4624 de 2001.

presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en el Juzgado de Guardia sólo era eficaz cuando tenía lugar el último día del plazo y en horas en que no se encontraba abierto el Registro del Tribunal, pues en otro caso había que estar a la fecha de entrada en este último. De esta forma, el Tribunal Supremo afirmaba<sup>112</sup> que la presentación efectuada ante el Juzgado de Guardia había de estimarse incorrecta y no válida, cuando tales escritos se presentaban antes del último día de un plazo perentorio, habida cuenta que ese Juzgado de Guardia sólo podía admitir escritos que debían presentarse el último día del plazo perentorio concedido, reputándose válida y eficaz la presentación del escrito antes del último día del plazo cuando el mismo, tenía entrada en el órgano jurisdiccional al que iba dirigido, dentro del plazo legalmente concedido.

El Tribunal Constitucional<sup>113</sup>, por su parte, había declarado en ese sentido que no era irrazonable y, por tanto, no constituía una vulneración del artículo 24 de la CE, la interpretación del artículo 41 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, en cuanto se negaba la eficacia de la presentación de escritos procesales en el Juzgado de Guardia antes del día en que fija el plazo hábil para ello y cuando todavía estaba a disposición de la parte proceder a su presentación en el registro del órgano judicial destinatario.

Dicha interpretación, sostenía el Tribunal Constitucional, resultaba acorde con la excepcionalidad que, en todo caso, revestía la presentación de escritos procesales en el Juzgado de Guardia, respetaba adecuadamente el principio de seguridad jurídica que protege a quien ha obtenido un pronunciamiento favorable en la instancia y no hacía recaer sobre quien ejerce su derecho a los recursos legalmente establecidos una carga desproporcionada o de imposible cumplimiento. Por todo ello, quien, a pesar de todo, optaba por presentar dicho escrito en el Juzgado de Guardia antes del último día de plazo asumía el riesgo de que el mismo no tuviera entrada en el registro del órgano judicial destinatario dentro del plazo legal, provocando la extemporaneidad en la evacuación del trámite y la consiguiente frustración en el uso del remedio procesal de que se trata, sin que por ello pudiera aducir una pretendida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Tanto más cuanto que este derecho no autorizaba a convertir, a partir de lo dispuesto en una norma reglamentaria, una regla excepcional establecida en garantía de la plenitud de los plazos de que disponen las partes para el cumplimiento de los plazos procesales, en un crite-

<sup>112</sup> STS de fecha 18 de octubre de 2001, Ar. 8296.

<sup>113</sup> SSTC 260/2000, de 30 de octubre, RTC 2000/260; 38/2001, RTC 2001/38; 39/2001, de 12 de febrero, RTC/39; 54/2001, de 26 de febrero, RTC 2001/54.

rio de alternatividad acerca del lugar de realización de dichos trámites.

Cierto es que el propio Tribunal Supremo admite<sup>114</sup> que se dan casos en que aparece atemperado el rigor del citado principio en su aplicación. Alude, en ese sentido, a la sentencia 165/1996, de 28 de octubre del Tribunal Constitucional en la que dicho Tribunal ha concedido el amparo «en los supuestos en que, acaso por un error excusable de la parte, la presentación del escrito en el Juzgado de Guardia se produjo el penúltimo día del plazo y no el último como exigía el precepto, compareciendo no obstante el litigante al día siguiente hábil ante el órgano de la jurisdicción social para comunicar la previa presentación del escrito. Pero este hecho es el que justificó la concesión del amparo, toda vez que al producirse la comparecencia dentro del plazo legal y, por tanto, cuando la parte disponía todavía de la posibilidad de reparar el defecto de que adolecía la presentación mediante una nueva formalización, los órganos judiciales debieron entender que la comparecencia subsanaba el error o, cuando menos, quedaban obligados a ofrecer la subsanación a fin de no lesionar el art. 24.1 Constitución».

En un supuesto en que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo dirigido a la Sala de lo Contencios-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se presentó ante el Juzgado de Guardia de Valencia antes del último día del plazo establecido para presentar el recurso y no llegó al órgano jurisdiccional hasta después de transcurrido el mismo el Tribunal Supremo entendió<sup>115</sup> que la declarada inadmisibilidad del recurso por haberse presentado fuera de plazo no era conforme a derecho al entender que la presentación del escrito de interposición en una sede equivocada no se debió a negligencia por parte del recurrente sino a la carencia de medios económicos que le hubieren permitido obtener el asesoramiento de profesionales y que el acto administrativo impugnado tutelaba intereses generales pero no, de modo directo e inmediato, derechos e intereses de terceras personas, con lo que la incidencia del principio de seguridad jurídica era muy relativa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de fecha 28 de octubre de 2003, aunque no se refirió a la interposición del recurso contencioso-administrativo sino a la del recurso de casación, sí lo hizo a su presentación en el Juzgado de Guardia el día anterior al último día del plazo establecido y abogó por una interpretación proporcionada de las normas expuestas para evitar el excesivo rigor en su aplicación teniendo en cuenta, al estimar la demanda presenta-

<sup>114</sup> STS de fecha 30 de enero de 2001, Ar. 2409.

da ante el mismo, la dificultad de cálculo del plazo señalado para recurrir.

En la actualidad, el artículo 135.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) dispone que en las actuaciones ante los tribunales civiles no se admitirá la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia. En consecuencia se adoptó una Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 10 de enero de 2001, por el que se aprobó el Reglamento 1/2001, de 10 de enero, de modificación del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo que se refiere a la adopción de medidas urgentes y a la presentación de escritos durante el servicio de guardia. La nueva redacción del art. 41 del citado Reglamento 5/1995 dispone que los Juzgados de Instrucción que presten el servicio de guardia no admitirán la presentación de escrito alguno dirigido a otros órdenes jurisdiccionales.

La supletoriedad de la LEC declarada por la Disposición final primera de la LJCA llevó a la aplicación de la anterior LEC sin que se planteara a ese respecto ninguna duda. Sin embargo, sí se han planteado dudas sobre la aplicación supletoria de los preceptos anteriormente referidos.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 222/2003, de fecha 15 de diciembre de 2003 (RTC 2003/222), alude al Preámbulo del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial ya referido en el que se expone que el carácter supletorio que tiene la LEC, según dispone su art. 4, traslada a su vez esta limitación (la inadmisión de la presentación de escritos en el Juzgado de guardia) a los restantes órdenes jurisdiccionales, en los que la recepción por el Juzgado de Guardia de escritos de término y su traslado posterior al órgano judicial de destino resultaba precisamente de la práctica procesal civil y de la supletoriedad de su normativa procesal, práctica y regulación que se ven ahora enteramente modificadas y que hacen inaplicable la normativa precedente, puesto que el sistema de presentación de escritos en el Juzgado de Guardia se ve sustituido por la posibilidad de presentación alternativa ante el órgano jurisdiccional *ad quem* durante el día hábil siguiente, previsión que parece razonablemente aplicable a la totalidad de los demás órdenes jurisdiccionales distintos del penal.

El Tribunal Constitucional sigue diciendo en la misma sentencia que, así las cosas, es claro que en el ciudadano y en los profesionales del Derecho la expresa dicción del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, publicado en el BOE de 12 de enero de 2001, pudo generar un criterio merecedor de protección, al amparo del principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE). La

idea material contenida en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquéllos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal. Por una parte, desde la publicación del tan citado Acuerdo en el «Boletín Oficial del Estado» se había hecho del todo previsible que el último día del plazo, fuera de las horas de audiencia, el escrito del recurso de súplica sería rechazado en el Juzgado de guardia. Dado, por otra parte, que la fijación de un plazo para la evacuación de un trámite procesal representa, contemplado desde la perspectiva de la parte a la que le corresponde su cumplimiento, tanto la imposición de una carga de actuar tempestivamente como el reconocimiento del derecho a disponer del plazo en su totalidad, también se había hecho previsible que, como contrapartida de la inadmisión del escrito de término en el Juzgado de guardia en la tarde del día 15 de enero y hasta las 24:00 horas, el recurso podría presentarse al día siguiente, tal y como había interpretado el Consejo General del Poder Judicial, en la sede del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo antes de las 15:00 horas del día 16 de enero de 2001.

Esta decisión es acorde con los pronunciamientos ya expuestos del Tribunal Supremo que declaran aplicable supletoriamente el artículo 135.1 de la LEC como consecuencia de la aplicación supletoria del apartado 2 del mismo artículo y se completa con los mismos.

La presentación de los recursos contencioso-administrativos, ello no obstante, en otras sedes distintas de la Secretaría o Registro General del Juzgado o Tribunal al que van dirigidos ha dado lugar a numerosos pronunciamientos por parte de nuestros Tribunales de Justicia de los que se extraen los criterios que mantienen al respecto.

El Tribunal Constitucional declara<sup>115</sup> que no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva la interpretación judicial según la cual la presentación dentro del plazo correspondiente del recurso contencioso-administrativo en otro órgano judicial distinto del órgano competente, o dicho de otro modo, del órgano al que se dirige el mismo, no resulta eficaz, de modo que su llegada al órgano competente fuera del plazo establecido determina la extemporaneidad del mismo.

El Tribunal Supremo afirma<sup>117</sup> que es jurisprudencia consolidada del mismo<sup>118</sup> la que declara la falta de eficacia de la utilización de los

<sup>115</sup> STS de fecha 20 de octubre de 2004, Ar. 6458.

<sup>116</sup> SSTC 117/1999, de 28 de junio, RTC 1999/117, 260/2000, de 30 de octubre, RTC 2000/260; 90/2002, de 22 de abril, RTC 2002/90.

<sup>117</sup> STS de fecha 19 de abril de 2002, Ar. 18011.

<sup>118</sup> Se pueden citar numerosas sentencias que se pronuncian en ese sentido durante la vigencia tanto de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de

sistemas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ya que los Tribunales no son órganos de la Administración Pública, por lo que debe mantenerse como fecha de presentación aquella en que efectivamente dicho escrito tiene entrada en el registro general del Tribunal al que se dirige, sin que pueda atribuirse efectos interruptivos de los plazos señalados a la presentación de dicho escrito ante las dependencias de la Administración.

Por ello, en un supuesto en que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se presentó ante el entonces Cónsul General de la Nación en Tetuánpor Abselam se declaró por nuestro alto Tribunal<sup>119</sup> la ineficacia de dicha presentación y la extemporaneidad del recurso que llegó al órgano jurisdiccional competente fuera de plazo. En el mismo sentido se ha pronunciado<sup>120</sup> con ocasión de la presentación del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo en diversos Gobiernos Civiles.

Más en concreto el Tribunal Supremo considera<sup>121</sup> que la presentación de escritos por medio de las Oficinas de Correos, al amparo de la normativa vigente en la materia, carece de eficacia cuando tales escritos se dirigen a los Tribunales de Justicia, que no son órganos de la Administración Pública, puesto que el que haya de comparecer ante los mismos ha de efectuarlo ante el Juzgado o Tribunal competente. En ese caso es la fecha de entrada en el órgano jurisdiccional al que se dirigen la que se ha de tener en cuenta.

#### 4. Bibliografía FINITO DE LA CUESTIÓN

Jesús González Pérez, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)», Civitas Ediciones, S.L., Madrid 2003.

José María Ayala Muñoz, José María Fernández-Daza Alvear, Francisco García Gómez de Mercado; José Manuel Gutiérrez Delgado, Ricardo Huesca

diciembre de 1956 como de la vigente, y durante la vigencia de la anterior Ley de Procedimiento Administrativo como de la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por todas las SSTS de fechas 28 de febrero de 1979, Ar. 623; 7 de abril de 1987, Ar. 2288; 8 de febrero de 1990, Ar. 1137; 25 de mayo de 1991, Ar. 4295; 18 de marzo, 27 de mayo y 13 de noviembre de 1995, Ar. 2721, 4371 y 8852; 26 y 27 de marzo de 1996, Ar. 2764 y 2765; 13 de abril de 2000, Ar. 3556.

<sup>119</sup> STS de fecha 28 de febrero de 1979, Ar. 623.

<sup>120</sup> SSTS de fecha 8 de febrero de 1990, Ar. 1137; 3 de noviembre de 1992, Ar. 8747.

<sup>121</sup> SSTS de fecha 12 de noviembre de 2001, Ar. 8829. En el mismo sentido se pueden citar SSTS de fechas 17 de septiembre de 1983, Ar. 4610; 7 de abril de 1987, Ar. 2288; 15 de noviembre de 1991, Ar. 8011; 26 y 27 de marzo de 1996, Ar. 2764 y 2765; 3 de febrero de 1997, Ar. 1343; 19 de abril de 2002, Ar. 18011.



Boadilla, Fernando Irurzun Montoro, Manuel Rivero González, Francisco Sanz Gandasegui, Juan José Torres Fernández y José Ignacio Vega Labella, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

Iñaki Agirreazkuenga, Jerónimo Arozamena Sierra, Javier Barnés Vázquez, Carmen Chinchilla Marín, Diego Córdoba Castroverde, Francisco Delgado Piqueras, Antonio Embid Irujo, Pablo García Manzano, Nicolás González-Deleito, Jesús Leguina Villa, Encarnación Montoya Martín, Luis Ortega Álvarez, Fernando, Miguel Sánchez Morón, Joaquín Tornos Más dirigidos por Jesús Leguina Villa y Miguel Sánchez Morón, «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», Editorial Lex Nova, S.A., Valladolid 1999.

## BREVE ANÁLISIS DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN JUDICIAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO

POR  
ALBERTO SERRANO PATIÑO  
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID  
Y  
FERNANDO GONZÁLEZ NIETO  
FUNCIONARIO DEL GRUPO DE GESTIÓN PROCESAL  
LICENCIADO EN DERECHO

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. DISPOSICIONES GENERALES. 3. TIEMPO Y LUGAR DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN: EL DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES. 4. DESTINATARIO DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN. 5. FORMA DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN. 5.1. Cuestiones generales. 5.1.1 Responsable de los actos de comunicación. 5.1.2 Orden de prelación para llevar a cabo los actos de comunicación procesal. 5.2. Comunicación por remisión: correo, telegrama u otros medios semejantes. 5.3. Comunicación por Procurador. 5.4. La Comunicación por entrega. 5.5. Comunicación edictal. 5.6. Otros medios de comunicación procesal. 6. NULIDAD Y SUBSANACIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. 7. REFLEXIONES FINALES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Resulta evidente la trascendencia de una óptima regulación de los actos de comunicación procesal y su clara incidencia sobre la esfera de los derechos fundamentales que se ven involucrados en el proceso; en concreto, el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, proclamado en el artículo 24 de nuestra Constitución y cuya inobservancia determina la estimación del amparo constitucional, así como la anulación de lo actuado.

En este sentido, es reiterada jurisprudencia [entre otras, SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 219/1999, de 29 de noviembre y 65/2000, de 13 de marzo] la que estima que los actos de comunicación no constituyen meros aspectos formales del proceso, sino que son el soporte instrumental básico de la existencia de un juicio contradictorio y sin ellos, las partes no podrían comparecer en juicio ni defender sus posiciones. De ahí que los órganos judiciales posean la obligación de ase-

gurar que sus comunicaciones lleguen a conocimiento real de los destinatarios, o en su defecto, a cualesquiera otros que la Ley autorice, evitando de esta manera acudir a la comunicación por edictos salvo en aquellos casos en que tras las oportunas averiguaciones, no conste el domicilio del interesado o se ignore su paradero. Y siempre con el fin de evitar que una incorrecta constitución de la relación jurídica procesal pueda ser causa de indefensión lesiva del mencionado derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, que es el que fundamentalmente se pretende con este estudio, podemos afirmar que el proceso avanza gracias a los actos de comunicación entre el tribunal y los intervinientes en aquél. O en palabras de Miguel Ángel Fernández, «[...] el proceso lo integra una concatenación jurídicamente reglada de actos, tanto del tribunal como de las partes, que se desenvuelven en el tiempo; y ese encadenamiento entre actos de unos y de otros sólo es posible en la medida en que cada nueva actuación de uno de sus protagonistas presupone el conocimiento por su parte de las actuaciones previas de los demás».

Esta es, en definitiva, la idea que subyace a lo previsto en el artículo 133 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero [en lo sucesivo L.E.C.], relativo a la eficacia de los actos de comunicación, y que proclama: «los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiera efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo [...]»

En suma, siendo clara la importancia que una correcta regulación de los actos de comunicación tiene en el proceso, no solamente a los efectos constitucionales aludidos de materializar el derecho a la tutela judicial efectiva y sin indefensión, sino también en el aspecto expuesto de que el proceso pueda avanzar gracias a los mismos; en las líneas que siguen se pretende hacer un análisis sucinto de nuestro sistema actual de actos de comunicación y comprobar si, como explícitamente manifiesta la Exposición de Motivos de la L.E.C., se encuentran regulados «con orden, claridad y sentido práctico. Pretendiéndose que, en su propio interés, los litigantes y sus representantes asuman un papel más activo y eficaz, descargando de paso a los tribunales de un injustificado trabajo gestor y, sobre todo, eliminando tiempos muertos que retrasan la tramitación».

## 2. DISPOSICIONES GENERALES

Los actos procesales de comunicación aparecen regulados en el Capítulo V [De los actos de comunicación judicial], Título V [De las

actuaciones judiciales], del Libro Primero [De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles] de la L.E.C.

Este capítulo comprende los artículos 149 a 168, y su primer precepto establece una clasificación de los mismos, lo cual no se hacía, y se echaba en falta, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 [en adelante L.E.C. 1881].

Dicho artículo 149 enumera las distintas clases de actos de comunicación entre el tribunal y las partes u otros intervinientes en el proceso. Así, nos encontramos con: «1º Notificaciones, cuando tengan por objeto dar noticia de una resolución, diligencia o actuación. 2º Emplazamientos, para personarse y actuar dentro de un plazo. 3º Citaciones, cuando determinen lugar, fecha y hora para comparecer y actuar. 4º Requerimientos, para ordenar, conforme a la ley una conducta o inactividad. 5º Mandamientos, para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios y la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores de la propiedad, mercantiles, de buques, de ventas a plazos de bienes muebles, notarios, corredores colegiados de comercio o agentes de juzgado o tribunal. 6º Oficios, para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los mencionados en el número anterior».

De este precepto se infiere que los actos procesales son de muy diversa índole en función del objeto que tienden a realizar, lo que provoca ciertas especialidades en relación a la forma de llevarse a cabo cada uno de ellos. Pero esa particularidad de cada una de las categorías de actos de comunicación, no es óbice para que todos participen de un sustrato común, a saber: comunicar resoluciones judiciales, secretariales o cualquier otro tipo de actuación tanto a las partes procesales y demás sujetos particulares que intervengan en el juicio, como a otros destinatarios públicos a los que se comunica o requiere una actuación procesal [en el caso de estos últimos, nos encontramos ante el denominado por la propia L.E.C. *auxilio a la Justicia*].

Consecuencia de todo ello, es que sea habitual la utilización que los profesionales del foro hacen del término *notificación* como género en el que estarían comprendidos la totalidad de actos de comunicación.

En otro orden de cosas, debemos reseñar que no se contienen en este Capítulo V las comunicaciones de los tribunales entre sí, que se realizan a través de los llamados exhortos, y que tienen su regulación particular en el Capítulo VI [Del auxilio judicial] del mismo Título. En cualquier caso, la interrelación entre ambos conjuntos normativos es evidente e inevitable; concretándose, de hecho, en disposiciones como el artículo 165 L.E.C. que contempla los requisitos para la realización de un acto de comunicación en el supuesto de precisar del concurso

de otro órgano jurisdiccional. Asimismo, esta conexión también se evidencia ante la posibilidad de aplicar ciertas normas del antedicho Capítulo VI, con el fin de integrar alguna de las previsiones del artículo 167 L.E.C. en materia de procedimiento para la comunicación mediante mandamientos y oficios.

Por tanto, dada la interrelación aludida, y toda vez que no serán analizados de forma individualizada en ningún otro apartado de este estudio, a continuación analizaremos brevemente los actos de comunicación cumplimentados mediante auxilio judicial; así como la forma en que se concreta el auxilio a la Justicia a través de los oficios y mandamientos.

Dispone el artículo 165 L.E.C. relativo a los actos de comunicación que requieren del auxilio de otro órgano judicial, que *«cuando los actos de comunicación hayan de practicarse según lo dispuesto en el artículo 161 de esta Ley por tribunal distinto del que lo hubiera ordenado, se acompañará al despacho la copia o cédula correspondiente y lo demás que en cada caso proceda»*.

*«Estos actos de comunicación se cumplimentarán en un plazo no superior a veinte días, contados a partir de su recepción. Cuando no se realice en el tiempo indicado, a cuyo efecto se requerirá al tribunal para su observancia, se habrán de expresar, en su caso, las causas de la dilación»*.

Del tenor de este precepto se desprende que la utilización del auxilio judicial para la práctica de un acto de comunicación no constituye una forma o modo de proceder autónomo, sino que se trata de un mero instrumento mediante el cual habrá de efectuarse una de las modalidades previstas en el artículo 152 L.E.C.: concretamente la de entrega al destinatario o personal, regulada en el artículo 161 de la misma Ley, y que junto a la comunicación por remisión, es decir, por correo, telegrama o medio similar; a través de procurador y por edictos, integran el elenco de formas o modos que han de utilizar los órganos judiciales para comunicarse con los intervinientes en todo proceso. A ellas nos referiremos con mayor detenimiento en páginas sucesivas.

En consecuencia, sólo se acudiría al auxilio de otro órgano judicial cuando el destinatario de la comunicación resida fuera de la circunscripción del tribunal que la hubiera ordenado y proceda la modalidad de entrega.

También hemos visto como el cumplimiento de la actuación debe realizarse en un plazo máximo de veinte días y sino fuera posible, se deben explicar los motivos que originaron tal imposibilidad, so pena de incurrir en la responsabilidad a que alude el artículo 168-1 L.E.C. Dicho lo cual, debemos apuntar que normalmente, para justificar la

no realización dentro del plazo preceptivo y su dilación en el tiempo, es praxis habitual que nuestros órganos judiciales acudan a la manida fórmula del *«excesivo volumen de trabajo que pesa sobre el juzgado»*.

Y centrándonos ya en el modo o forma de llevar a cabo los oficios y mandamientos, establece el artículo 167 L.E.C. que *«los mandamientos y oficios se remitirán directamente por el tribunal que los expida a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, pudiendo utilizarse los medios previstos en el artículo 162 de esta Ley»*.

*No obstante, si así lo solicitaren, las partes podrán diligenciar personalmente los mandamientos y oficios»*.

*En todo caso, la parte a cuya instancia se libren los oficios y mandamientos a que se refiere este artículo habrá de satisfacer los gastos que requiera su cumplimiento»*.

Este precepto complementa al ya estudiado artículo 149 L.E.C., y regula el procedimiento a seguir por los juzgados y tribunales a la hora de recabar el auxilio a la Justicia, que como ya se dijo, puede solicitarse a través de mandamiento u oficio, dependiendo de quien sea el sujeto destinatario. En ambos casos se realiza de igual manera: remisión directa del tribunal actuante a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos.

Por tanto, aunque el destinatario no se encontrare en la circunscripción del órgano judicial que los expide, no será preciso que éste solicite auxilio de otro órgano judicial para su cumplimiento.

En lo referente al modo de remitir los mandamientos y oficios, aún cuando el artículo 167 L.E.C. únicamente contemple en principio dos posibilidades de realizarlo, bien utilizando los medios electrónicos o informáticos del artículo 162 L.E.C., bien encomendando el diligenciamiento a la propia parte interesada; ello no obsta para que la forma ordinaria de proceder sea la prevista en las normas del artículo 160 L.E.C., a saber: por correo u otros medios semejantes.

### 3. TIEMPO Y LUGAR DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN: EL DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES

En relación al tiempo de la notificación, el artículo 151-1 L.E.C. ordena que *«todas las resoluciones judiciales y las diligencias de ordenación se notificarán en el plazo máximo de tres días desde su fecha o publicación»*.

A diferencia de lo dispuesto en la antigua L.E.C. 1881, que preveía proceder a la notificación de las resoluciones judiciales en el mismo día de su fecha o publicación, y sólo excepcionalmente, contemplaba la extensión del plazo a tres días [aunque en la práctica la excepción

se convertía en regla general]; la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha preferido fijar directamente un plazo único de tres días para proceder a la comunicación [que en principio, y conforme a lo dispuesto en su artículo 130, estimamos deben considerarse hábiles]. Y aún siendo generosos en la interpretación que se realice del artículo 151 L.E.C., resulta evidente que dicho plazo no puede referirse al cumplimiento efectivo del acto de comunicación, pues si así fuera, posiblemente nos hallaríamos ante el precepto más transgredido de nuestra historia procesal. En definitiva, más bien parece que nuestra actual Ley adjetiva se está refiriendo, a imagen del modelo propuesto para las notificaciones administrativas por el artículo 58 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al tiempo máximo en que el órgano judicial debe ordenar o dar curso a la notificación.

Por su parte, el artículo 151-2 L.E.C. incide en que «los actos de comunicación a la Abogacía del Estado y al Ministerio Fiscal, así como los que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia».

Entendemos este precepto plenamente aplicable a los Letrados de la Comunidades Autónomas en la medida que las comunicaciones procesales a éstos se efectúan en iguales términos que los previstos para la Abogacía del Estado. Así, y en relación a la Comunidad de Madrid, la Disposición Adicional Primera de Ley 3/1999, de 30 marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid establece que «[...] se estará a lo dispuesto en la legislación estatal respecto del régimen de notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal [...]».

De todos modos, no nos consta que haya jurisprudencia alguna sentada al respecto.

Por último, y para finalizar con este punto, conviene precisar que el sentido de estas normas radica en la presunción que establece la Ley de que, en relación con este tipo de instituciones, transcurre un día desde que el acto de comunicación es recibido en el registro de entrada o dependencia análoga, y es posteriormente transmitido por conducto interno, a su destinatario final.

En lo referente al lugar donde deben llevarse a cabo las comunicaciones, éste dependerá de la forma concreta que se emplee. Así, la L.E.C. prevé en su artículo 154-1 que en los supuestos en que el acto de comunicación se efectúe con el Procurador, se realizará en la sede del tribunal o en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores [en el lenguaje del foro: *Salón de Procuradores*].

■ Pero si procediese la comunicación por remisión o por entrega [artículos 155-1, 159-1, 160 y 161 L.E.C.], entonces se verificará en el domicilio del interesado [al que nos referiremos con mayor profundidad a continuación]. Mayores problemas encontraremos para poder especificar el lugar si el acto de comunicación se verificase por medios electrónicos, informáticos o similares; así como si se practica por edictos [a pesar de que el artículo 164-1 L.E.C. contemple que el edicto se fije en el tablón de anuncios del juzgado o tribunal].

Si las notificaciones se dirigen al Estado u otros entes públicos, la Ley 52/97, de 27 de noviembre, señala en su artículo 11-1 que «en los procesos seguidos ante cualquier jurisdicción en que sean parte la Administración General del Estado, los organismos autónomos o los órganos constitucionales, salvo que las normas internas de éstos últimos o las leyes procesales dispongan otra cosa, las notificaciones, citaciones, emplazamientos y demás actos de comunicación procesal se entenderán directamente con el Abogado del Estado en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado». Esta regla se aplicará también a las Comunidades Autónomas [Disposición Adicional 4ª-2 de la antedicha Ley 52/97].

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Madrid, la mencionada Disposición Adicional Primera de la Ley 3/1999 establece en su apartado segundo que «en particular, en los procesos en que sean parte, o puedan ostentar un interés que justifique su personación, la Comunidad de Madrid, sus organismos y entidades, las notificaciones, citaciones y demás actos de comunicación deberán remitirse directamente a los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, salvo en los casos en que se haya designado un Abogado o Procurador colegiado para el ejercicio de la representación en juicio».

A mayor abundamiento, el punto IX de la Instrucción 8/1999, de 13 de abril, de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, sobre actuación consultiva y contenciosa de los Letrados de la Comunidad de Madrid, declara que «los Letrados de la Comunidad de Madrid designarán, como domicilio a efectos de notificaciones, la sede de la Dirección General. No obstante, el Director General, podrá autorizar a los Letrados de la Comunidad de Madrid para designar como domicilio, a efectos de notificaciones, una sede de los Servicios Jurídicos distinta a la de la propia Dirección General».

Y centrándonos ya en las previsiones referentes al domicilio para practicar las notificaciones en aquellos casos en que hubieren de realizarse bien por remisión, bien mediante entrega, y a las que ya nos referimos en líneas anteriores, hemos de decir que se encuentran reguladas en el artículo 155 L.E.C [que por su interés procederemos a transcribir para, a continuación, tratar de ordenar a los efectos de su mejor comprensión]. Así:

1. Cuando las partes no actúen representadas por Procurador o se trate del primer emplazamiento o citación al demandado, los actos de comunicación se harán por remisión al domicilio de los litigantes.

2. El domicilio del demandante será el que haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso. Asimismo, el demandante designará, como domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de éste, uno o varios de los lugares a que se refiere el apartado siguiente de este artículo. Si el demandante designare varios lugares como domicilios, indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación.

Asimismo, el demandante deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares.

El demandado, una vez comparecido, podrá designar, para sucesivas comunicaciones, un domicilio distinto.

3. A efectos de actos de comunicación, podrá designarse como domicilio el que aparezca en el Padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en Registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales, cuando se tratare, respectivamente, de empresas y otras entidades o de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obligatoriamente. También podrá designarse como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional.

Cuando en la demanda se ejercite una acción de aquellas a las que se refiere el número 1º del apartado 1 del artículo 250, podrá designarse como domicilio del demandado, a efectos de actos de comunicación, la vivienda o local arrendado.

4. Si las partes no estuviesen representadas por Procurador, las comunicaciones efectuadas en cualquiera de los lugares previstos en el apartado anterior, que se hayan designado como domicilios, surtirán plenos efectos en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que haya de comunicarse aunque no conste su recepción por el destinatario.

No obstante, si la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se estará a lo dispuesto en el artículo 158.

5. Cuando las partes cambiasen su domicilio durante la sustanciación del proceso, lo comunicarán inmediatamente al tribunal.

Asimismo deberán comunicar los cambios relativos a su número de teléfono, fax o similares, siempre que estos últimos estén siendo utilizados como instrumentos de comunicación con el tribunal».

En cuanto al demandante, afirma el artículo 155-2 L.E.C. que su domicilio será el que se haya hecho constar en la demanda o en la petición o solicitud con que se inicie el proceso. Seguidamente, el apartado quinto del mismo artículo prevé que cuando las partes [y por tanto también el actor] cambiasen su domicilio durante la sustanciación del proceso, lo comunicarán inmediatamente al tribunal.

Debemos precisar que, a pesar de la previsión de este artículo 155-2, si el demandante se hubiere personado en el proceso con Procurador, y con independencia de que su asistencia fuere preceptiva o no, las notificaciones y demás actos de comunicación se realizarán con éste [artículos 28 y 153 L.E.C.].

Sobre el domicilio del demandado, establece el artículo 155-1 L.E.C. que si aquél no actúa representado por Procurador, o si se trata del primer emplazamiento o citación al mismo, los actos de comunicación se le harán por remisión a su domicilio.

Será el demandante, continúa el segundo párrafo del artículo 155, quién en su escrito de demanda o en la petición o solicitud con que inicie el proceso [artículos 399-1, 437-1 y 814-1 L.E.C.], designará como domicilio del demandado, y a efectos del primer emplazamiento o citación de éste, uno o varios de los lugares referidos en el apartado tercero del citado artículo 155. Así, podrá designarse como domicilio el que aparezca en el Padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en Registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales [...] También podrá designar como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional.

Como novedad, la Ley 23/2003, de 10 de julio, introdujo un nuevo apartado al párrafo 3 del artículo 155 L.E.C. En él se establece la posibilidad de designar en los procedimientos de desahucio por falta de pago y expiración del plazo del arrendamiento, como domicilio del demandado, y a los efectos de actos de comunicación, la vivienda o local arrendado.

Dicho esto, no creemos que haya sido intención del legislador establecer un numerus clausus en relación a los domicilios que la parte demandante puede señalar como del demandado a efectos de comunicaciones; sino que más bien se trata de poner a su disposición una serie de posibilidades alternativas para aquellos supuestos en que la propia L.E.C. no establezca un domicilio específico donde realizar los actos de comunicación [es el caso del artículo 815-2 L.E.C.] o, más aún, por si se llegara a darse la circunstancia de que el actor no conociera el domicilio real y efectivo de la demandada [el cual, lógicamente, puede coincidir o no con el que resulte de cualquier Registro oficial], y que no tiene porqué estar encuadrado entre algunos de los referidos por la L.E.C.

Una vez comparecido el demandado, podrá designar para sucesivas comunicaciones un domicilio diferente [artículo 155-2 in fine]. Asimismo, también es de aplicación al demandado el apartado quinto del artículo 155 L.E.C, el cual alude, como ya sabemos, a la obligación que tienen las partes de comunicar al órgano judicial cualquier cambio de domicilio que se produzca durante la tramitación del procedimiento.

Totalmente novedoso en relación a la L.E.C. de 1881 es el tratamiento que se da a los supuestos en que la comunicación por remisión no resulte eficaz. Así, cuando las partes no estuviesen representadas por Procurador, las comunicaciones efectuadas en cualquiera de los lugares previstos en el apartado tercero del artículo 155 L.E.C, que se hayan designado como domicilio, surtirán plenos efectos en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que hubiera de comunicarse aunque no conste su recepción por el destinatario [artículo 155-4 L.E.C.].

Es decir, si la remisión se ha efectuado por correo certificado con acuse de recibo o medio similar a un domicilio que ha sido aportado por el propio destinatario [caso del demandante], o que éste ha tenido oportunidad de cambiar [parte demandada ya personada], el órgano judicial no tiene por qué esperar la devolución del acuse de recibo firmado por cualquiera de las personas autorizadas por la Ley; sino que la comunicación será válida y producirá efectos desde que conste en autos la corrección del envío. En consecuencia, todas las personas que intervengan en un proceso serán responsables de las consecuencias desfavorables que se puedan derivar por no atender las comunicaciones efectuadas en los domicilios que ellas mismas hubieren facilitado o consentido.

Pero si la no efectividad de la remisión no se debiere a la negligencia o culpa del destinatario [por ejemplo, en el caso de que el receptor subsidiario no hiciera llegar la comunicación al destinatario], y la notificación hubiera producido sus efectos en virtud del mencionado artículo 155-4 L.E.C, el interesado podrá solicitar, siempre que acredite que él no es responsable de la falta de eficacia de la notificación, la nulidad de la comunicación por cualquiera de los medios previstos en la Ley.

No obstante, prosigue dicho precepto, si la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, no podrá darse por efectuada si no consta en autos el acuse de recibo del destinatario. En estos casos, habrá que proceder a realizar la comunicación mediante entrega conforme al artículo 161 L.E.C.

Por último, y en relación a los actos de comunicación que deban formalizarse con testigos, peritos y demás personas que no sean parte en el juicio, ordena el artículo 159-1 L.E.C, que, en principio, «se remitirán a sus destinatarios conforme a lo ordenado en el artículo 160-1 L.E.C. La remisión se hará en el domicilio que haya designado la parte interesada».

Si constare en autos el fracaso de la remisión a estos otros intervinientes en el proceso, o bien las circunstancias del caso lo aconsejaren, atendidos el objeto de la comunicación y la naturaleza de las actuaciones que de ella dependan, el tribunal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 159-2 L.E.C, ordenará se proceda a practicar la comunicación personal o por entrega.

Se constata por tanto que, cuando las notificaciones se remiten a los sujetos de la prueba, la mera remisión no concede automáticamente eficacia a la notificación; siendo preciso que quede constancia fehaciente de la efectiva recepción. Si ello no es así, deberá intentarse la comunicación mediante entrega.

Mencionar, finalmente, que el apartado tercero de este artículo 159 también obliga a estas otras personas que pueden intervenir en todo proceso, a informar sobre cualquier cambio de domicilio que realicen durante la sustanciación del mismo. Se les informará de dicha obligación en la primera comparecencia que efectúen ante el tribunal.

#### 4. DESTINATARIO DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN

Señala el artículo 150 L.E.C, que «las resoluciones judiciales y diligencias de ordenación se notificarán a todos los que sean parte en el proceso».

Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos.

También se hará notificación a los terceros en los casos que lo prevea la Ley».

En puridad, es destinatario de la comunicación el sujeto pasivo de la misma [como regla general las partes], y debe ser diferenciado del llamado receptor, que es aquél a quien se entrega la comunicación y que puede coincidir, o no, con el destinatario [sería el caso de la recepción verificada con familiares, porteros u otros sujetos contemplados

en la Ley, y a los que nos referiremos cuando analicemos la forma de comunicación por entrega].

Como excepción del principio dispositivo que rige el proceso civil [donde la delimitación del objeto queda a la libre disposición de las partes], el artículo 150-2 L.E.C. habilita al órgano judicial para notificar la pendencia de un procedimiento a terceros no partes en el mismo y que sin embargo pueden resultar afectados por el sentido de la resolución judicial, e igualmente en supuestos de fraude procesal. Todo ello con objeto de poder hacer valer sus derechos.

Esta nueva regulación contrasta con la previsión que al respecto hacía la L.E.C. de 1881, la cual únicamente permitía la intervención de estos terceros en los procesos de ejecución o en las denominadas tercerías de dominio y de mejor derecho. A su vez, el artículo 150-3 L.E.C. recuerda la obligación que tiene el tribunal de notificar, en los casos previstos en la Ley, a aquellos terceros para los cuales está expresamente previsto [verbigracia, ante la existencia de terceros ocupantes en los desahucios, a quienes el artículo 704-2 L.E.C. concede un plazo de alegaciones; o en procesos de división de patrimonios donde existan acreedores, etc].

Para finalizar con este apartado, hemos de recordar que son también destinatarios de los actos de comunicación los contemplados en el artículo 159 L.E.C. [testigos y peritos y demás personas que no sean parte en el juicio], así como aquellos organismos públicos mencionados en el apartado 2 del presente trabajo.

## 5. FORMA DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN

### 5.1. Cuestiones generales

En cuanto a la forma que tendrán los actos de comunicación, el artículo 152-1 L.E.C. establece que *«se realizarán bajo la dirección del Secretario Judicial, que será el responsable de la adecuada organización del servicio. Tales actos se efectuarán materialmente por el propio Secretario Judicial o por el funcionario que aquél designe, y en alguna de las formas siguientes, según disponga esta Ley:*

1. *A través de Procurador, tratándose de comunicaciones a quienes estén personados en el proceso con representación de aquél.*
2. *Remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado.*

3. *Entrega al destinatario de la copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal le dirija o de la cédula de citación o emplazamiento».*

Añade el artículo 152-2 L.E.C. que *«la cédula expresará el tribunal que hubiera dictado la resolución, y el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga la citación o emplazamiento, el objeto de éstos y el lugar, día y hora en que deba comparecer el citado, o el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos, que, en cada caso, la Ley establezca».*

Antes de proseguir, conviene resaltar que las citaciones y emplazamientos no se realizan mediante la entrega de copia de la resolución judicial sino que, como ordena el artículo 152-2 L.E.C, se extrae el contenido fundamental de esa resolución en la llamada cédula [donde se incluirán las circunstancias expresadas en este precepto]. De todos modos, en la práctica diaria de nuestros tribunales es normal que en lugar de extraer el contenido de la resolución en la cédula, como prevé la Ley, lo que se realiza es entregar una copia de la resolución a notificar con un encabezamiento donde se indica que se trata de una cédula, y un pie donde se reitera el objeto de la comunicación, así como el lugar y fecha de su expedición [obviamente, en dicho documento se recogen todos los aspectos que se requieren como imprescindibles para la cédula]. De esta manera se evita el trabajo de extraer una resolución, entregándose ésta directamente al interesado con las variaciones reseñadas.

Por su parte, el artículo 152-3 L.E.C. dispone que *«en las notificaciones, citaciones y emplazamientos no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado, a no ser que así se hubiera mandado. En los requerimientos se admitirá la respuesta que dé el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia».*

Si bien es una posibilidad legal que en las notificaciones, citaciones y emplazamientos pueda excepcionalmente el órgano judicial prever que se consigne respuesta efectuada por el destinatario, y que al igual que en los requerimientos habría de ser sucinta; en realidad, parece claro y más conveniente para los intereses de aquél que, si pretende realizar algún tipo de alegación, será mejor verificarla mediante la presentación del oportuno escrito y evacuando los plazos que, con carácter general, le concede la L.E.C. en cada caso.

En cuanto a la respuesta que se prevé en los requerimientos, ésta debe de ser por imperativo legal, breve y concisa; y ello por diferentes motivos. Primero porque la L.E.C. ordena expresamente que la respuesta sea sucinta, pero además por la evidente inexistencia de espa-

cio material para reflejarla, y también porque este no parece ser el momento procesal oportuno para efectuar alegaciones de carácter fáctico o jurídico que posteriormente puedan ser objeto de valoración en sede judicial, siendo más conveniente el realizarlas a través de comparecencias o mediante la presentación de escritos [cauces todos ellos más apropiados para que el interesado pueda argumentar todo lo que a su derecho convenga sin limitación alguna].

Existe otra forma de comunicación, con carácter excepcional y supletorio, no contemplada en el referido artículo 152-1 L.E.C, aunque sí en sus artículos 156 y 164 [incardinados en el mismo Capítulo V] y que vendría a completar el elenco anterior. Nos estamos refiriendo a la llamada *comunicación edictal* [a la que posteriormente dedicaremos un epígrafe] e implica el «agotamiento de todas aquellas modalidades de comunicación capaces de asegurar en mayor grado la recepción por su destinatario de la notificación a realizar» [STC 1/2002, de 14 de enero, Fundamento Jurídico 2].

#### 5.1.1. Responsable de los actos de comunicación

A diferencia de la antigua L.E.C. 1881, donde se especificaban expresamente los actos de comunicación que correspondía practicar a cada uno de los funcionarios integrantes de la Administración de Justicia, en la actualidad podemos afirmar que los actos de comunicación son actos procesales que corresponden al Secretario Judicial o al funcionario que aquél designe. Es decir, la titularidad de la función de notificación procesal, propia del Secretario es compatible con la participación de otros funcionarios judiciales en la realización concreta de las distintas notificaciones. Esto da lugar a una amplia discrecionalidad a la hora de encomendar la práctica de las mismas a cualquier funcionario de la plantilla que compone el órgano judicial en cuestión. Más aún, una interpretación laxa de la L.E.C. permitiría, conforme a su artículo 152-1, que pudieran llegar a ser otros funcionarios ajenos a la Administración de Justicia, a quienes se encomienda la práctica de las mismas. Y no es esta una posibilidad meramente especulativa, sino que en la realidad cotidiana de nuestros órganos judiciales es completamente habitual. Así, en aquellos supuestos en que la comunicación deba llevarse a cabo por remisión; es decir, por correo certificado o telegrama con acuse de recibo postal, los funcionarios y demás empleados pertenecientes al Servicio de Correos son los sujetos que ejecutan materialmente el acto de comunicación de que se trate.

En estos casos, para acreditar el envío postal, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 160-1 L.E.C, el Secretario Judicial debe-

rá dar fe en los autos de la remisión y del contenido de lo remitido [si no se hiciera así, la infracción de este requisito legal podría traer como consecuencia la nulidad de las actuaciones, cfr. SSTs de 31 de marzo de 1986, y de 7 de abril de 1995]. Se aprecia, por consiguiente, que aunque el Secretario Judicial, o funcionario por él designado, no practique materialmente el acto de comunicación, sí que será quién lo ordene y controle su legalidad y efectividad; es decir, será el responsable, no sólo de que la comunicación se lleve a cabo conforme ordena la Ley, sino también de un modo eficaz. Más aún, entendemos que en los supuestos en que pudiera producirse un error por los empleados de Correos al llevar a cabo notificaciones judiciales, [error que obviamente no tendría naturaleza jurisdiccional, pero sí una indudable trascendencia procesal], debe ser el órgano judicial el que esté obligado a corregirlo o subsanarlo para, en definitiva, proteger en última instancia el derecho a la no indefensión reconocido por el artículo 24-1 de la Constitución.

Por su parte, el artículo 163 L.E.C. señala que «en las poblaciones donde esté establecido, el Servicio Común de Notificaciones practicará los actos de comunicación que hayan de realizarse». Esta disposición viene a suponer una matización del artículo 152-1 L.E.C. que, como sabemos, asigna al Secretario judicial la dirección de la realización de los actos de comunicación. Dichos Servicios Comunes de Notificaciones están concebidos para centralizar una serie de funciones en principio propias de cada juzgado o tribunal, y en las poblaciones donde exista, serán los encargados de la materialización de las comunicaciones procesales. Es decir, desde sus dependencias se verificarán las notificaciones con las personas que ordenen los órganos judiciales donde penden los distintos procesos. Y serán los funcionarios adscritos a estos Servicios Comunes los que se encargarán de llevar a cabo la entrega, cuando sea éste el procedimiento de comunicación al que deba acudir. Al frente de los Servicios Comunes de Notificaciones se encuentran Secretarios Judiciales dependientes de los respectivos Juzgados Decanos.

En conclusión, la responsabilidad de los actos de comunicación que deban de efectuarse durante la tramitación de un proceso recaerá, bien en el Secretario Judicial del tribunal ante el que penden las actuaciones, bien en el Secretario del Servicio Común de Notificaciones en las poblaciones donde esté instaurado. Y esto es así toda vez que en virtud del artículo 483-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es posible la sustitución entre Secretarios Judiciales. Dicha sustitución, en lo referido a las notificaciones que hubieren de efectuarse fuera de la sede judicial, se refrenda de modo específico en los artículos 272-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 163 L.E.C.



Finalmente, el artículo 168-1 L.E.C. prevé expresamente la responsabilidad de los funcionarios intervinientes en la comunicación procesal: «el Secretario Judicial, Oficial, Auxiliar o Agente que, en el desempeño de sus funciones que por este capítulo se le asignan, diere lugar, por malicia o negligencia, a retrasos o dilaciones indebidas, será corregido disciplinariamente por la autoridad de quien dependa e incurrirá además en responsabilidad por los daños y perjuicios que ocasionara».

Esta norma de carácter disciplinario resulta bastante *despistada* en la sistemática reguladora de los actos de comunicación procesal, y desde luego nada añade a la tipificación de las faltas y sanciones legal y reglamentariamente prevista; ni tampoco en lo relativo a la autoridad que debe corregirlas e imponerlas, y lo mismo puede decirse en relación a la referencia a una eventual responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados, obvia por lo demás.

#### 5.1.2. Orden de prelación para llevar a cabo los actos de comunicación procesal

La Exposición de Motivos de la L.E.C. nos orienta sobre cuál es la forma a utilizar en cada caso. Así, [...] «si en el proceso es preceptiva la intervención de Procurador o si, no siéndolo, las partes se personan con esa representación, los actos de comunicación, cualquiera que sea su objeto, se llevan a cabo con los Procuradores. Cuando no es preceptiva la representación por Procurador o éste aún no se ha personado, la comunicación se intenta en primer lugar mediante correo certificado con acuse de recibo al lugar designado como domicilio o, si el tribunal lo considera más conveniente para el éxito de la comunicación, a varios lugares. Sólo si este medio fracasa se intenta la comunicación mediante entrega por el tribunal de lo que haya de comunicarse, bien al destinatario, bien a otras personas expresamente previstas, si no se hallase al destinatario».

La clave del orden de prelación radica, tal y como claramente se expresa en la Exposición de Motivos, en la circunstancia de que las partes se encuentren o no personadas a través de Procurador [resulte o no su asistencia preceptiva], lo que determina dos supuestos claramente diferenciados:

1. Partes personadas con Procurador, a través del mismo.
2. Partes no personadas con Procurador, en la forma ordinaria. Si fracasare esta fórmula, la comunicación se verificará mediante entrega del funcionario actuante.

En este sentido, y siguiendo las líneas trazadas por la Exposición de Motivos, los artículos 155-1, 159-1 y 160 L.E.C. contemplan la remi-

sión por correo certificado con acuse de recibo o medio similar como el modo ordinario de comunicación del tribunal con las partes que no actúen representadas por Procurador, o cuando se trate del primer emplazamiento o citación al demandado; así como con los testigos, peritos y otras personas que no sean parte en el juicio. Con carácter subsidiario, si no pudiese acreditarse que el destinatario ha recibido la comunicación, o conste el fracaso de la remisión por correo certificado con acuse de recibo o medio semejante, se procederá a su práctica mediante entrega [artículos 158, 159-2 y 161 L.E.C.].

Para finalizar con esta visión general, es importante significar que no siempre va a ser posible observar la prelación prevista por la L.E.C. Y ello por múltiples motivos. Así, en ocasiones, la propia L.E.C. establece expresamente alguna excepción a su regla. Es el caso de los artículos 497-2 y 815 [referidos, respectivamente, a la notificación de la sentencia al demandado rebelde y al primer requerimiento en los procesos monitorios], donde lisa y llanamente se dispone que estos actos de comunicación se harán directamente por entrega. Por su parte, como ya sabemos, el artículo 152-3 L.E.C. manifiesta que el requerimiento es susceptible de respuesta, de lo que cabe deducir que no puede efectuarse por el modo ordinario, sino por entrega.

Otras veces, la imposibilidad puede venir motivada por la premura de tiempo impuesta por nuestra Ley de procedimiento para la práctica de determinadas actuaciones, lo que puede hacer muy difícil contar con la devolución a tiempo del acuse de recibo donde conste «el recibí». Un exponente claro de esto último lo encontramos en el artículo 440-1 L.E.C. referido al juicio verbal, donde se declara que se «citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que puedan exceder de veinte».

E incluso puede darse la situación de no poder llevar a cabo un acto de comunicación por remisión debido a que no es factible materialmente. Así, en los supuestos en que a una cédula de emplazamiento para personarse en juicio, se acompañan, además de la demanda, gran cantidad de documentos, incluso contenidos en cajas, que prácticamente obligan a practicar «dicho emplazamiento» directamente mediante entrega.

#### 5.2. Comunicación por remisión: correo, telegrama u otros medios semejantes

Como ya señalamos en anteriores páginas, la comunicación por remisión, es decir, por correo certificado, telegrama con acuse de reci-

bo u otro medio técnico semejante conforma la manera ordinaria de comunicarse el tribunal con las partes aún no personadas [artículo 155-1 L.E.C.], así como con testigos, peritos y cualesquiera otras personas que, sin ser parte, deban intervenir en el juicio [artículo 159-1 L.E.C.].

También vimos como la comunicación por entrega al destinatario [artículo 161 L.E.C.] queda reservada para aquellas situaciones en que, habiéndose llevado a cabo la remisión por correo certificado con acuse de recibo o medio semejante, no pudiera acreditarse que el destinatario ha recibido una comunicación que tenga por finalidad su personación o intervención personal en el proceso, en el caso de las partes [artículos 155-4, párrafo segundo y 158 L.E.C.]; o cuando, no siéndolo [testigos, peritos u otros], conste el fracaso de esta forma de comunicación o las circunstancias del caso lo aconsejaren [artículo 159-2 L.E.C.].

La remisión de lo que haya de comunicarse se efectuará, reiteramos, «mediante correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado» [artículo 152-2 L.E.C.].

A mayor abundamiento, el artículo 160-1 L.E.C. establece que «cuando proceda la remisión de la copia de la resolución o de la cédula por correo certificado o telegrama con acuse de recibo, o por cualquier otro medio semejante que permita dejar en autos constancia fehaciente de haberse recibido la notificación, de la fecha de la recepción, y de su contenido, el Secretario Judicial dará fe en los autos de la remisión y del contenido de lo remitido, y unirá a aquéllos, en su caso, el acuse de recibo o el medio a través del cual quede constancia de la recepción».

Por tanto, es el Secretario Judicial, quien da fe del contenido de aquello que se remite [copia de la resolución o cédula correspondiente]; mientras que será el acuse de recibo postal, el instrumento del que se deduzca razonablemente que la notificación ha llegado a conocimiento del interesado, así como de su fecha; y ello con independencia de que la remisión se hubiere efectuado por correo ordinario o telegrama certificados con acuse de recibo [instrumentos ambos que pueden utilizarse indistintamente pues la L.E.C. no distingue al respecto, aunque al tratarse el telegrama de un medio adecuado para transmitir un mensaje breve, parece aconsejable que únicamente se utilice para efectuar citaciones, ya que en éstas el contenido de la cédula es más conciso].

En consecuencia, es preciso que el acuse de recibo esté firmado por el destinatario o por algunas de las personas facultadas para recibir la comunicación en su lugar. Y como en este punto tampoco dice nada la L.E.C., opinamos que por analogía están facultadas para ello

las señaladas en su artículo 161-3. Todas ellas, en suma, deberán resultar suficientemente identificadas, mediante la consignación adecuada en el impreso de acuse postal de sus datos personales y firma, además de la fecha de recepción. Si esto no fuera así, y no quedase suficientemente claro quién recibió la comunicación [lo que en la práctica no es infrecuente], el órgano judicial deberá estimar indebidamente cumplimentado el acto de comunicación, pues de otro modo, si el interesado declarase no haber recibido dicha comunicación, y consecuentemente, no haber podido defender sus derechos e intereses legítimos, podríamos encontrarnos ante una vulneración del tantas veces reiterado artículo 24-1 de la Constitución.

En cuanto a qué otros medios técnicos hay que equiparar al correo certificado o telegrama con acuse de recibo, entendemos que toda vez que el artículo 162 L.E.C. concibe como otra forma distinta de comunicación la que puede realizarse por medios electrónicos, informáticos y similares, el margen de maniobra referido a esos medios semejantes queda bastante limitado, pudiendo encuadrarse dentro de éstos la comunicación por fax e, incluso, por simple vía telefónica.

En relación al fax, cabe la posibilidad de utilizarlo como medio de comunicación procesal siempre que se den unas garantías similares a las exigidas para las comunicaciones por correo certificado o telegrama con acuse de recibo. Así, el Secretario del órgano judicial deberá acreditar en autos la remisión de la comunicación, su contenido, el número de fax y la hora del envío. Seguidamente, se unirá al expediente el recibo acreditativo de tal remisión, donde conste la aceptación del receptor mediante «O.K.»

No existe, por consiguiente, problema alguno en relación a la acreditación de la remisión, al quedar ésta bajo la fe del Secretario. Pero no podemos afirmar lo mismo en cuanto a la recepción, pues si bien el «O.K.» que proporciona el fax sirve como principio de prueba de la recepción por el destinatario, no se puede considerar como un verdadero acuse de recibo donde conste de modo fehaciente el recibí.

En conclusión, si el destinatario no discute el hecho mismo de la emisión y su fidedigna recepción, no se plantea dificultad alguna en cuanto a considerar que la remisión realizada por fax reúne todos los requisitos del artículo 160-1 L.E.C. Pero si se pusiese en duda la recepción, aún cuando en autos constase el resguardo acreditativo con el «O.K.», pensamos que no debería darse por válida la comunicación sin antes analizar las circunstancias concretas del caso [entre otras, si ha sido el propio interesado el que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 155-5 L.E.C. ha facilitado al juzgado o tribunal su número de fax para recibir las notificaciones].

En lo referente a si es factible efectuar actos de comunicación a través del teléfono, no parece que sea éste el medio idóneo a los efectos que estamos tratando ya que a través del mismo, es imposible dejar constancia en autos de la recepción del acto de comunicación por el destinatario o persona habilitada por la L.E.C.; y, además, tampoco se puede por este conducto hacer llegar al interesado copia de la resolución a notificar o de la cédula correspondiente. Todo esto provoca que sólo en supuestos excepcionales, de máxima urgencia y si las circunstancias del caso lo requieren [verbigracia, fecha de lanzamiento inminente dirigida al actor de un proceso de desahucio], puedan llegar a realizarse diligencias de citación con las limitaciones aludidas [otro tipo de comunicación de contenido más extenso correría el riesgo de perderse, con el perjuicio que ello conllevaría para el destinatario].

En esta línea nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 105/1993, de 22 de marzo, manifiesta: «*La fe pública judicial, en este expeditivo medio de comunicación, no abarca más allá del hecho de telefonar y de la citación realizada a una persona cuya identidad no aparece contrastada ni determinada y, de aquí, que en los autos no exista constancia de la recepción por el recurrente de la citación*».

Siguiendo con el estudio de la remisión de las comunicaciones por correo, telegrama u otros medios semejantes, el artículo 160-2 L.E.C., señala que «*a instancia de parte y a costa de quien lo interese podrá ordenarse que la remisión se haga de manera simultánea a varios lugares de los previstos en el apartado 3 del artículo 155*».

Resulta loable la preocupación que nuestra LEC muestra por lograr el mayor grado de efectividad real del sistema de comunicación procesal diseñado, pues con disposiciones de esta naturaleza se permite una remisión simultánea a diversos domicilios, en principio sin más limitación que la prevista en el artículo 155-3. De todos modos, la práctica diaria no es tan bondadosa como pueda resultar del tenor literal del precepto, y es prácticamente inviable que, aún cuando la Ley establezca que la remisión simultánea será a costa de la parte interesada, un juzgado o tribunal acceda a una remisión de este tipo, siendo más común proceder de modo subsidiario ante los sucesivos fracasos del acto de comunicación en los domicilios que se hayan podido designar.

Finalmente el artículo 160-3 L.E.C. dispone que «*cuando el destinatario tuviere su domicilio en el partido donde radique la sede del tribunal, y no se trate de comunicaciones de las que dependa la personación o la realización o intervención personal en las actuaciones, podrá remitirse, por cualquiera de los medios a que se refiere el apartado 1, cédula de emplazamiento para que el destinatario comparezca en dicha*

*sede a efectos de ser notificado o requerido o de dársele traslado de algún escrito*».

Y a continuación añade que «*la cédula expresará con la debida precisión el objeto para el que se requiere la comparecencia del emplazado, indicando el procedimiento y el asunto a que se refiera, con la advertencia de que, si el emplazado no comparece, sin causa justificada dentro del plazo señalado, se tendrá por hecha la comunicación de que se trata o por efectuado el traslado*».

Entendemos, pues el Legislador no lo expresa en la Exposición de Motivos, que con esta norma se ha pretendido poner freno a una práctica habitual de juzgados y tribunales [no prevista en disposición alguna], y que consistía en remitir un telegrama al interesado para que compareciese en día y hora determinados ante el tribunal que le citaba «*para un asunto de su interés*».

En concreto, se citaba a una persona para a continuación practicar con ella cualquier tipo de notificación, emplazamiento, requerimiento o citación. De este modo se trasladaba al justiciable una obligación propia del órgano judicial, a saber, la realización de los actos de comunicación.

Con esta nueva regulación, y a pesar de las inexactitudes e imprecisiones que se observan en la misma, «*se dulcifican*» este tipo de actuaciones, apreciándose claras diferencias en relación a la situación existente en el pasado. Así, la nueva L.E.C. no permite aplicar la previsión del artículo 160-3 cuando se trate de comunicaciones a una parte de las que dependa su personación o la realización o intervención personal en el proceso. Además, también vemos como la L.E.C. habla ahora de remitir una cédula de emplazamiento y no una concisa citación para día y hora determinados [con ello, y a pesar de no concretar su extensión, se concede un plazo para que el destinatario comparezca ante el órgano judicial correspondiente]. Por último, se establece cual deberá ser el contenido de este tipo de cédulas, debiendo figurar en las mismas el objeto para el que se requiere la comparecencia, el procedimiento y el asunto de que se trate; así como el apercibimiento de que si el emplazado no comparece sin causa justificada, se tendrá por hecha la comunicación de que se trate o por efectuado el traslado [creemos que dada la gravedad de estas consecuencias, únicamente deberán tener lugar cuando conste de modo fehaciente que el emplazamiento ha sido recibido por el interesado].

Dicho lo cual, y a pesar de estos buenos deseos por erradicar este tipo de prácticas, en la actualidad algunos Servicios Comunes de Actos de Comunicación continúan remitiendo escuetos telegramas para que sus destinatarios comparezcan en sus sedes en día y hora determinados, y «*para un asunto de su interés*». Una vez comparecido

el interesado, o incluso una persona autorizada, y verificada su identidad, se practica con ellos cualquier tipo de comunicación procesal, [no teniéndose en cuenta las limitaciones impuestas por el reiterado artículo 160-3 L.E.C.]. Y en el caso de que no se atienda el telegrama, y el destinatario no compareciere en las oficinas del Servicio Común de Notificaciones, funcionarios adscritos al mismo procederán a practicar el acto de comunicación de que se trate conforme a lo previsto en el artículo 161 L.E.C, es decir, por entrega.

Con todo ello, desde luego, se reduce de modo significativo el número de diligencias de comunicación a practicar en el domicilio de los interesados, lo que implica un importante ahorro de tiempo, mayor eficacia y, en definitiva, descargar el ingente volumen de trabajo que en la actualidad soportan los Servicios de Actos de Comunicación [aunque, apartándose de la ortodoxia procesal que marca la LEC]. Eso sí, al profano del normal funcionamiento de nuestros juzgados y tribunales, este tipo de prácticas pueden parecerle comportamientos irregulares y completamente alejados de la letra de la Ley. Pero son comprensibles dado el elevadísimo número de actos de comunicación que tramitan estos Servicios y lo limitados que son siempre los recursos de que dispone la Administración de Justicia para cumplir sus objetivos.

### 5.3. Comunicación por Procurador

La recepción por parte de los Procuradores de los tribunales de cuantos actos de comunicación se dirijan a sus representados a lo largo de un proceso es función primordial que se infiere de la normativa orgánica y procesal vigente [cfr. artículos 543 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 39-1 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales; 26-2-3º y 28 L.E.C.]. En este sentido, la STS de 15 de octubre de 1.992 declara que la principal función de los Procuradores es, precisamente, la de recibir los actos de comunicación que se hagan a la parte que representa en juicio y que, en consecuencia, no se puede alegar indefensión cuando así se proceda.

Como afirma el profesor De la Oliva, *«la función del Procurador consiste en representar a la parte en sus relaciones con el tribunal. Por eso es perfectamente lógico que todas las comunicaciones que tiene que realizar el tribunal a la parte las lleve a cabo a través de su Procurador, que es quien debe recibir las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos. Después, corresponderá a dicho Procurador comunicar a la propia parte y al Letrado de ésta la existencia y contenido del documento del que se le hubiera hecho entrega»*.

Ya sabemos que el artículo 153 L.E.C. establece que *«la comunicación con las partes personadas en el juicio se hará a través de su Procurador cuando éste las represente»*. Es decir, siempre que en un procedimiento intervenga Procurador, y con independencia del carácter preceptivo o facultativo de su intervención [artículo 23 L.E.C.], aquél no sólo trasladará los actos de parte al tribunal [representación activa], sino que mientras se hallé vigente el poder también ostentará la llamada representación pasiva y, en consecuencia, *«firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante»* [artículo 153 L.E.C.].

Más aún, el artículo 28-1 L.E.C. extiende esta representación pasiva también a la fase de ejecución de sentencia, *«teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste»* [cfr. SSTs de 27 de junio de 1.983; de 14 de mayo de 1.990 y de 26 de noviembre de 1.990, entre otras].

Estamos, por tanto, ante un supuesto claro de representación directa en que el Procurador actúa en nombre y representación de su poderdante, y los efectos de todo lo actuado por aquél en el curso del proceso recaen directamente en la persona que le confirió el poder.

Lógicamente, y a pesar de la existencia de dicho mandato de representación, si la notificación se cumplimenta personalmente con el interesado, será válida, no pudiendo alegar éste que debió efectuarse la comunicación con el Procurador.

De todo lo dicho se desprende que el legislador de presente tiene como objetivo, siguiendo las recomendaciones de numerosa jurisprudencia constitucional [cfr. SSTC 130/1987, de 17 de julio y la 66/1992, de 29 de abril], *instaurar un sistema de comunicación total con el Procurador*. Con ello se pretende evitar y disminuir el retraso en la práctica de las notificaciones judiciales, e incluso ofrecer mayores garantías que si se llevaran a cabo mediante entrega personal [en primer lugar porque la notificación personal puede entregarse, tal y como prevé la L.E.C, a persona distinta del destinatario; con los riesgos que esto implica en relación a su efectiva recepción por parte de éste. Y en segundo lugar, porque aún en el supuesto de que se entienda el acto con el propio interesado, dada la complejidad técnica que en ocasiones comprende el contenido de la notificación, aquél puede tener dificultades para su comprensión; lo que, evidentemente, no le sucede al Procurador].

No obstante, conviene apuntar que en dicho sistema de comunicación con el Procurador existe la excepción prevista en el artículo 28-

4 L.E.C. que establece «*se exceptúan de lo establecido en los apartados anteriores los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona*».

Estimamos esta prescripción referida solamente al requerimiento, pues es aquí donde únicamente parece tener sentido dicha excepción y que, en consecuencia, en determinadas situaciones concretas deba practicarse personalmente con el interesado [aún cuando éste se valga de dicha representación procesal]. Y el motivo de ello se debe a que, si no se atiende al mismo, es decir, al contenido del requerimiento concreto realizado por el órgano judicial, la Ley podría llegar incluso a irrogar responsabilidad [patrimonial, o incluso penal] a una persona que pudiera no haber tenido conocimiento directo de la orden cursada por el tribunal [lo cual, a todas luces, no sería justo].

En relación al modo de llevar a cabo los actos de comunicación con el Procurador, la L.E.C. autoriza en su artículo 154 varias posibilidades: «*los actos de comunicación con los Procuradores se realizarán en la sede del tribunal o en el Servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores. El régimen interno de este servicio será competencia del Colegio de Procuradores, de conformidad con la Ley.*»

*Se remitirá a este servicio, por duplicado, la copia de la resolución o la cédula, de las que el Procurador recibirá un ejemplar y firmará otro que será devuelto al tribunal por el propio Servicio.*

Añadir que, aunque no se prevé en este precepto, parece lógico que también sea posible entender los actos de comunicación con los Procuradores a través de medios electrónicos, informáticos o similares previstos en el artículo 162 L.E.C; e incluso podrían llegar a verificarse mediante el Servicio Común de Notificaciones, allí donde exista [artículo 163 L.E.C.].

De todos modos, la forma ordinaria de llevar a cabo los actos de comunicación que se dirigen a las partes representadas por Procurador, será en los Servicios de recepción de notificaciones que organizan los Colegios de Procuradores correspondientes [también llamados, como ya apuntamos, Salones de Procuradores].

En otro orden de cosas, ¿qué sucede cuando un Procurador omite su deber de hacer llegar de modo diligente las comunicaciones recibidas para su representado? Evidentemente, incurrirá en responsabilidad, pudiendo exigírsele, como no podía ser de otro modo, la correspondiente indemnización por daños y perjuicios tal y como prevé el artículo 168-2 L.E.C, que literalmente dice: «*el Procurador que incurriere en dolo o morosidad en los actos de comunicación cuya práctica haya asumido o no respetare alguna de las formalidades legales establecidas, causando perjuicio a tercero, será responsable de los daños y per-*

*juicios ocasionados y podrá ser sancionado conforme a lo dispuesto en las normas legales o estatutarias.*»

Dicho esto, es importante subrayar que cuando se acredite en las actuaciones que una notificación se ha realizado con el Procurador de la parte a quien se dirige, aquélla surte efecto y se presume su conocimiento por el destinatario. Pero si el Procurador no traslada el contenido de la comunicación a la parte procesal (o a su Letrado), este problema quedará en el ámbito de esa relación privada «representante/representado». Y dado que la obligación de dar traslado de las notificaciones que recibe el Procurador se deriva de un mandato de representación [salvo supuestos excepcionales como en la representación conferida por turno de oficio], si se incumple, o se cumple de manera defectuosa, las consecuencias desfavorables que por esto se produzcan no pueden trascender al proceso.

Esta cuestión fue abordada por el Tribunal Constitucional en STC 147/90, de 1 de octubre, afirmando que «*no hay indefensión imputable al órgano judicial si se han cumplido escrupulosamente por el juzgado las normas relativas a notificaciones cuando las partes actúan, como en este caso, representadas por Procurador [...]. No tiene que ver que fuera del proceso se produzca un situación como la anteriormente descrita, en la que, por la baja del Procurador y por el incumplimiento de las obligaciones a las que se haya vinculado con su poderdante, se llegue a un resultado semejante al que tiene lugar por falta de notificación. Pero este resultado no genera indefensión en sentido propio ya que se desenvuelve en el ámbito exclusivo de las relaciones contractuales entre el Procurador y su representado, como certeramente señala el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. De modo que si se ha producido algún perjuicio para la otra parte, no ha sido por defecto del órgano judicial, ni de la parte contraria, sino única y exclusivamente por defecto imputable al Procurador designado por ella.*»

Para finalizar, conviene preguntarse si la nueva L.E.C. prevé la posibilidad de que en los procesos donde los litigantes pueden comparecer por sí mismos sin representación de Procurador [cfr. artículo 23-2 L.E.C.], pero sí asistidos de Abogado, éste puede recibir las comunicaciones que se dirijan a sus clientes; concediéndoles la misma eficacia que si se practicasen con éstos.

Sobre esta cuestión, y partiendo de la inexistencia de precepto alguno que equipare al Abogado con el Procurador en el sentido del artículo 28 L.E.C, creemos suficientes las afirmaciones de Tapia Parreño cuando concluye que en los casos que la Ley dispensa de intervención de Procurador, «*[...] los actos de comunicación deben realizarse con el interesado, recibiendo la notificación, sin que pueda valerse en principio de otra persona que no sea Procurador. El Abogado no*

puede actuar como representante y sólo puede asumir la dirección técnica en estos procesos [...] Ello no obstante, la comunicación practicada con este profesional, aunque irregular no provoca indefensión susceptible de amparo si, aún indiciariamente, se acredita que el Abogado puso en conocimiento de sus defendidos el contenido de los actos procesales, siendo difícil observar en estos supuestos, situaciones de indefensión».

#### 5.4. La comunicación por entrega

Declara el artículo 161 L.E.C, en lo referente a la práctica de las comunicaciones por entrega personal, que «1. La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal o en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada.

La entrega se documentará por medio de diligencia que será firmada por el Secretario Judicial o funcionario que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar.

2. Cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, el Secretario Judicial o funcionario designado le amonestará de la obligación que impone el apartado anterior.

Si insistiere en su negativa, el funcionario actuante le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la Secretaría del juzgado, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia.

3. Si el domicilio donde se pretende practicar la comunicación fuere el lugar en el que el destinatario tenga su domicilio según el Padrón municipal o a efectos fiscales o según Registro oficial o publicaciones de Colegios profesionales o fuere la vivienda o local arrendado al demandado, y no se encontrare allí dicho destinatario, podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado o familiar, mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndolo al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de ésta, o a darle aviso, si sabe su paradero. Si la comunicación se dirigiere al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de éste, la entrega se efectuará a persona que manifieste conocer a aquél o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella.

En la diligencia se hará constar el nombre de la persona destinataria de la comunicación y la fecha y la hora en la que fue buscada y no

encontrada en su domicilio, así como el nombre de la persona que recibe la copia de la resolución o la cédula y la relación de dicha persona con el destinatario, produciendo todos sus efectos la comunicación así realizada.

4. En el caso de que no se halle a nadie en el domicilio a que se acuda para la práctica de un acto de comunicación, el Secretario Judicial o funcionario designado procurará averiguar si vive allí su destinatario.

Si ya no residiese o trabajase en el domicilio al que se acude y alguna de las personas consultadas conociese el actual, éste se consignará en la diligencia negativa de comunicación.

Si no pudiera conocerse por este medio el domicilio del demandado y el demandante no hubiera designado otros posibles domicilios, se procederá de conformidad con lo establecido en el artículo 156».

Conviene reiterar que la comunicación por entrega está prevista en el artículo 152-1-3 L.E.C, y consiste, como ya sabemos, en la entrega al interesado, partes, testigos, peritos o cualquier otro interviniente en el proceso de la copia de la resolución de que se trate [en el caso de las notificaciones o requerimientos], o de la cédula de citación o emplazamiento y copias que se adjunten, si así procede [artículos 276-3, 404 y 440 L.E.C, entre otros].

Por su parte, el artículo 158 L.E.C. dispone que en los supuestos contemplados en el artículo 155-1 [si las partes no actúan representadas por Procurador o se trata del primer emplazamiento o citación al demandado], tendrá lugar la comunicación mediante entrega cuando habiéndose intentado la remisión por correo certificado con acuse de recibo o medio similar, no pudiera acreditarse que el destinatario la ha recibido; y siempre que la comunicación tuviese por finalidad la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales.

De igual modo, como ya dijimos con anterioridad, en lo concerniente a los testigos, peritos y otras personas que no sean parte en el juicio, el artículo 159-2 L.E.C. apunta que «cuando conste en autos el fracaso de la comunicación mediante remisión o las circunstancias del caso lo aconsejen, atendidos el objeto de la comunicación y la naturaleza de las actuaciones que de ella dependan, el tribunal ordenará que se proceda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 161» [comunicación por entrega].

Sobre el lugar de la entrega, puede ésta realizarse tanto en la sede del tribunal como en el domicilio del destinatario; entendiéndose por tal los mismos lugares donde es posible dirigir la comunicación por remisión. Todo ello se documentará por medio de diligencia que será firmada por el Secretario Judicial o funcionario que la efectúe, y por

la persona con quien se entienda, cuyo nombre se hará constar [artículo 161-1 L.E.C.].

Si el acto de comunicación consiste en una notificación, emplazamiento o citación, no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado a no ser que así se hubiere ordenado. Mientras que en los requerimientos, sí cabe recoger sucintamente la respuesta que dé el requerido [artículo 152-3 L.E.C.].

Además, si la comunicación consistiere en una notificación, este es el momento, conforme a lo previsto en el artículo 208-4 L.E.C., en que habrá de indicarse en la diligencia si la resolución es firme o no, con expresión en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir.

En cuanto al tiempo en que se podrá efectuar la entrega, dado que se trata de una actuación judicial, será preciso efectuarla en días y horas hábiles. Y a tales efectos, se consideran días hábiles *«todos los del año, salvo los domingos, días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad. También serán inhábiles los días del mes de agosto»* [cfr. artículo 130-2 L.E.C.]. A esto habría que añadir que conforme al artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también se consideran inhábiles a efectos procesales los sábados, así como los días 24 y 31 de diciembre. A mayor abundamiento, y en referencia concreta a los actos de comunicación, dispone el artículo 130-3-2 L.E.C. que para la práctica de los mismos, *«se entiende que son horas hábiles las que median entre las ocho de la mañana y las diez de la noche»*.

De todos modos, lo anterior no es óbice para que *«de oficio o a instancia de parte, los tribunales puedan habilitar los días y horas inhábiles, cuando hubiere causa urgente que lo exija»* [artículo 131-1 L.E.C.].

Por lo que respecta a las dificultades que encuentran los funcionarios actuantes para poder llevar a cabo los actos de comunicación por entrega, es novedad respecto a la L.E.C. 1881, el contenido del vigente artículo 161-2 L.E.C., el cual contempla el supuesto, bastante habitual por cierto, de que el interesado no quiera recibir la comunicación o firmar la entrega. Dicho precepto resuelve la situación disponiendo que cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula, o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, el Secretario Judicial o funcionario designado le amonestará de la obligación que impone el apartado anterior. Es decir, le hará saber que ha de recibir la comunicación y firmar la diligencia.

Continúa el mencionado artículo declarando que si el interesado insistiere en su negativa, el funcionario actuante le hará saber que la

copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la Secretaría del juzgado, produciéndose los efectos de la comunicación. De todo ello quedará constancia en la diligencia que se redacte. Es decir, si no se consigue *«doblegar»* la voluntad del destinatario del acto de comunicación con la amonestación que se prevé, no se le hará entrega de la copia de la resolución o de la cédula, sino que se retirarán comunicándole, acto seguido, que aquéllas quedan a su disposición en la Secretaría del juzgado, produciéndose de forma inmediata los efectos de la comunicación.

Merece la pena subrayar que la solución dada por el legislador de presente a esta problemática [que en el pasado ocasionó situaciones de gran tensión entre los funcionarios actuantes y los destinatarios, llegando incluso a afectar a la buena marcha del proceso], parece satisfactoria. Eso sí, siempre que se le conceda a la diligencia redactada por el funcionario designado la misma veracidad que si la hiciera un Secretario Judicial.

Por otra parte, el artículo 161-3 L.E.C. contempla un segundo bloque de dificultades en relación a la comunicación por entrega derivadas de la ausencia del interesado. Ante este tipo de situaciones, se contempla, siempre y cuando concurren los requisitos previstos, que pueda entenderse el acto de comunicación con una serie de personas expresamente previstas en la norma. En este sentido, la L.E.C. tiene en cuenta dos lugares diferentes que a estos efectos tienen la consideración de domicilio en donde poder llevar a cabo la entrega, previendo diferentes reacciones ante la ausencia del destinatario, que procederemos a analizar:

1°. Si el domicilio donde se pretende practicar la comunicación fuere el lugar en que el destinatario tenga su domicilio según el Padrón municipal o a efectos fiscales o según Registro oficial o publicaciones de Colegios profesionales, o fuere la vivienda o local arrendado al demandado, [este último supuesto como novedad introducida por la Ley 23/2003, de 10 julio], en estos casos y a pesar de la ausencia del interesado, podrá efectuarse la entrega a cualquier empleado o familiar mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca si lo tuviere; advirtiéndole al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de la misma, o a darle aviso, si sabe su paradero. Por tanto, el Secretario Judicial o funcionario actuante *«habrá de asegurarse»* de la condición de empleado, familiar o conserje en su caso; así como de la edad y grado de madurez de la persona a quien se haga la entrega. Y habrá de advertirle, asimismo, de la obligación de hacer llegar la cédula o copia de la resolución a su destinatario, o

cuanto menos darle aviso de su recepción en caso de que sepa su paradero.

Por todo ello, si estos sujetos manifiestan la imposibilidad de cumplir con dicho mandato, y al Secretario judicial o funcionario designado le pareciesen fundadas, teóricamente debería abstenerse de efectuar la entrega y tener por no realizado [diligencia negativa] el acto de comunicación.

2º. Si la comunicación se dirigiere al lugar de trabajo no ocasional del destinatario [con lo que en este supuesto no se permite, por muy absurdo que parezca, la comunicación por entrega en el domicilio laboral ocasional, por muy conocido que éste fuera], en ausencia del mismo la entrega se realizará a persona que manifieste conocer a aquél o si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella.

En ambos supuestos, la L.E.C. contempla las circunstancias que deberán constar en la diligencia de comunicación si finalmente se practica con persona distinta de aquélla a la que va dirigida [no proveyéndose, paradójicamente, modelo alguno en el supuesto ordinario de que la entrega se efectúe con el interesado]. En cualquier caso, se establece que en la diligencia se hará constar el nombre de la persona destinataria de la comunicación y la fecha y la hora en la que fue buscada y no encontrada en su domicilio, así como el nombre de quien recibe la copia de la resolución o la cédula y la relación de dicha persona con el destinatario, produciendo todos sus efectos la comunicación así realizada.

Antes de continuar, creemos oportuno reseñar una serie de consideraciones a este artículo 161-3 L.E.C.

Parecería lógico que, en ausencia del interesado también pudiera entenderse el acto de comunicación con los terceros autorizados en el domicilio real y efectivo de aquél, coincida o no, con el del Padrón municipal o demás Registros oficiales. No obstante, de la letra de la L.E.C. parece deducirse que si el acto de comunicación se efectuase con alguno de esos terceros, pero en domicilio distinto a los previstos, la entrega, en principio, sería nula salvo que se subsanase conforme a lo dispuesto en su artículo 166-2 L.E.C.: «[...] cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley».

Por otro lado, no se ha previsto cómo actuar en el caso de que alguna de las personas autorizadas por el artículo 161-3 L.E.C. [y dando por sentado que estén obligadas, lo que no se desprende claramente

del tenor literal de la L.E.C.] se nieguen a recibir la copia de la resolución o la cédula, o a firmar la diligencia. Tampoco se apuntan las consecuencias que pueden acarrearles dichas negativas, ni los apercibimientos a realizar caso de no cumplir con su obligación de entregar la comunicación al interesado, o darle aviso si sabe su paradero. Y ante tantas omisiones referidas a problemas que se suscitan diariamente en la práctica de comunicaciones mediante entrega, sólo podemos concluir que es evidente que con la total falta de precisión en este punto no se obtiene la claridad y eficacia perseguida por la Exposición de Motivos, en orden a la regulación de los actos de comunicación.

En otro orden de cosas, tampoco está de más hacer alguna alusión a la desaparición de la figura del vecino más próximo, como tercero autorizado con el que entender una comunicación judicial por entrega en ausencia del destinatario.

Sobre este asunto hay que empezar reconociendo que la realización de un acto de comunicación por entrega con los vecinos siempre ha sido conflictiva, puesto que si ya es difícil efectuarlo con familiares, empleados o conserjes, mucho más lo es con vecinos que, en ocasiones, apenas se conocen. Pero sentado lo anterior, no es menos cierto que en muchísimos inmuebles de nuestras ciudades no existe la figura del portero o conserje, ni todo el mundo tiene empleados en su casa; y, además, cada vez es mayor el número de personas que viven solas [y si no es así, lo normal es que los integrantes de un domicilio trabajen o estudien fuera de éste]. Por todo ello, y al amparo de lo establecido en la nueva L.E.C., no es extraño tener que intentar varias veces un acto de comunicación, incluso habilitando horas, para encontrar al destinatario de la notificación, citación, emplazamiento o requerimiento o, en su defecto, persona alguna autorizada por la Ley con quien poder llevarlos a cabo, que como ya sabemos, no puede tratarse de un vecino, aunque éste quisiera, so pena de la nulidad del acto de comunicación así realizado [cfr. artículo 166 L.E.C.].

Ante esta situación, totalmente contraria al ya referido principio de eficacia que debe regir la práctica de los actos de comunicación en el orden civil, no es fácil comprender porqué nuestro legislador ha «autolimitado» el número de personas con quien entenderlos en ausencia del interesado. Sobre todo cuando tampoco la garantía por realizar una comunicación mediante entrega con uno de los terceros autorizados por el artículo 161-3 L.E.C. frente a un vecino sea mayor [pues lo que el destinatario pueda objetar frente a este último para, en su caso, desvirtuar que ha recibido la comunicación, también puede alegarlo frente a un conserje, empleado o familiar]. Y más cuando del propio artículo 161-3 no se infiere tajantemente que en ausencia del interesado exista la obligación de efectuar el acto de comunicación



con los terceros previstos en el mismo, pareciendo incluso que el acudir a ellos es optativo; ni, por supuesto, tampoco se desprende la facultad de compelerles a recibirlo.

Para finalizar con este breve análisis de la comunicación por entrega, reseñar que en el artículo 161-4 L.E.C. se regula una situación que en la práctica ya se venía efectuando con la antigua Ley de 1.881, a saber, cómo actuar en el supuesto de que el destinatario ya no tenga su domicilio, particular o laboral, en el lugar designado. En estas circunstancias, el funcionario actuante procurará averiguar si vive allí el interesado, y si no fuera así, consignará en la diligencia negativa que redacte el domicilio actual que le haya sido indicado por alguna de las personas consultadas. La L.E.C. no concreta las indagaciones que deberán realizarse a este respecto, si bien lo que resulta más lógico, y así se efectúa en la práctica es preguntar precisamente a los vecinos. De ello se deduce la posibilidad de acudir a un vecino para averiguar el actual paradero del destinatario pero, paradójicamente, y como ya se vio anteriormente, no se le puede entregar una comunicación en su ausencia.

Por último, decir que si no se pudiera conocer por este medio el domicilio del demandado, o de los testigos o peritos como contempla el artículo 159-1 L.E.C. y si el demandante no hubiere designado otros posibles domicilios, se procederá conforme a lo establecido en el artículo 156 de dicho texto legal [averiguación por parte del tribunal]. Y si tampoco por esta vía pudiere conocerse, se acudirá a la comunicación por edictos del aludido artículo 164 L.E.C.

### 5.5. Comunicación edictal

Como ya mencionamos, dispone el artículo 156 L.E.C. que *«en los casos en que el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado tercero del artículo 155.*

*Al recibir estas comunicaciones, los Registros y organismos públicos, procederán conforme a las disposiciones que regulen su actividad.*

*En ningún caso se considerará imposible la designación de domicilio a efectos de actos de comunicación si dicho domicilio constara en archivos o registros públicos, a los que pudiere tenerse acceso.*

*Si de las averiguaciones a que se refiere el apartado primero resultare el conocimiento de un domicilio o lugar de residencia, se practicará la*

*comunicación de la segunda forma establecida en el apartado 152-1, siendo de aplicación, en su caso, lo previsto en el artículo 158 [...]*. Es decir, traduciendo la ley en este punto, procedería la comunicación a través del modo ordinario: remisión por correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en autos constancia fehaciente de la notificación; o si ello no es posible, mediante entrega.

Concluye este artículo 156 declarando que *«[...] si estas averiguaciones resultaren infructuosas, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos».*

Por su parte, el artículo 164 L.E.C. establece que *«cuando, practicadas, en su caso, las averiguaciones a que se refiere el artículo 156 no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, o cuando no pudiere hallarse ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, conforme a lo establecido en los artículos anteriores, o cuando así se acuerde en el caso previsto en el artículo 157-2, el tribunal, mediante providencia, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del juzgado o tribunal.*

*Sólo a instancia de parte, y a su costa, se publicará en el Boletín Oficial de la provincia, de la Comunidad Autónoma, en el Boletín Oficial del Estado o en un diario de difusión nacional o provincial».*

En suma, se acude a la comunicación por edictos cuando no ha sido posible conocer domicilio del destinatario y tras haber agotado los medios de investigación previstos en el artículo 156 L.E.C. [los cuales no son objeto de concreción, pero que en la práctica se limitan a remitir oficios al Instituto Nacional de Estadística, Oficina de Averiguación Patrimonial, Dirección General de la Policía y Tesorería General de la Seguridad Social]. O en el caso de conocer domicilio, si no hubiere podido hallarse, ni efectuar la comunicación con todos sus efectos.

Ante una situación de esta naturaleza, se dicta providencia en la que se recoge dicha circunstancia y se ordena fijar el acto de comunicación [copia de la resolución o cédula] en el tablón de anuncios del juzgado o tribunal.

En lo relativo a la supletoriedad de la comunicación edictal, existe numerosa jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Así, la STC 157/1987, de 15 de octubre, afirma que, como regla general, la subsidiariedad de la comunicación edictal implica el respeto de tres condiciones: el agotamiento previo de las formas ordinarias de notificación, la constancia formal en las actuaciones de haber intentado practicarlas, y la justificación, con criterios de razonabilidad, de la convicción o certeza de la inutilidad del empleo de otra vía.

Por su parte, la STC 216/92, de 6 de diciembre, sostiene que se trata de un medio último y supletorio, reservado para los casos en que no sea posible localizar al demandado.

En cuanto a la forma de proceder a la comunicación edictal, hemos de decir que consistirá en la fijación de la copia de la resolución o de la cédula en el tablón de anuncios del juzgado o tribunal.

Esto es suficiente para que la comunicación se entienda efectuada y produzca todos sus efectos ya que, si se agotaron todas las vías para tratar de ubicar al demandado y ello no hubiere sido posible, la comunicación por edictos es un mero formalismo al que la Ley se ve abocada a acudir para fundar una ficción sin la cual el proceso no podría seguir desarrollándose. Pero dado que se trata abiertamente de una ficción, carece de sentido someterla a más formalidades que las mínimas, que es lo que hace la Ley en este punto.

No es preciso, por tanto, que los edictos se publiquen en boletines oficiales para que el emplazamiento o la citación se tengan por válidamente efectuados. Esto supone una importante novedad respecto al régimen legal anterior [destinada a reducir costes], e inspirada en una dosis de realismo irrefutable ya que, como regla general, los ciudadanos y las personas jurídicas no consultan dichas publicaciones en busca de posibles citaciones o emplazamientos dirigidos a ellos. Ahora bien, en caso de que el actor así lo desee, podrá instar, y a su costa mandará el tribunal, que los edictos se publiquen en boletines oficiales o en algún diario de difusión provincial o nacional; lo cuales, lógicamente, serán elegidos por el actor, que es quien, en defecto de disposición legal, sufraga los costes de la publicación [costes que debido a lo voluntario del desembolso, pensamos no deberían conceptuarse como costas procesales].

De este sistema de comunicación edictal en el tablón de anuncios del juzgado únicamente se exceptúa la notificación de las sentencias, o la resolución final de aquellos procesos en los que el demandado se hallare en paradero desconocido. Ante situaciones de esta naturaleza, dichas resoluciones serán publicadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 497-2 L.E.C. en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» o en el «Boletín Oficial del Estado» [lógicamente, en aquellos juicios en que sean parte las Comunidades Autónomas, éstas acudirán a sus boletines oficiales por estar exentas de pago de tasas por publicación].

Finalmente, hemos visto como el artículo 164 L.E.C. también prevé comunicación edictal en relación a los demandados que consten en el denominado Registro Central de Rebeldes Civiles, previsto en el artículo 157 L.E.C. y en el Real Decreto 231/2002, de 1 de marzo, regulador del Registro Central de Rebeldes Civiles, pero que lamentablemente a día de hoy, aún no ha entrado en funcionamiento.

No obstante, y debido a su interés, seguidamente procedemos a transcribir dicho artículo 157, cuyo tenor literal es el siguiente: «1. Los tribunales que hayan realizado infructuosamente las averiguaciones a que se refiere el artículo anterior, comunicarán el nombre del demandado y los demás datos de identidad que les consten al Registro central de rebeldes civiles, que existirá con sede en el Ministerio de Justicia.

2. Cualquier tribunal que deba averiguar el domicilio de un demandado podrá dirigirse al Registro central de rebeldes civiles para comprobar si el demandado consta en dicho Registro y si los datos que en él aparecen son los mismos de que dispone el tribunal. En tal caso, mediante providencia, podrá acordar directamente la comunicación edictal del demandado.

3. El demandado inscrito en el citado Registro podrá solicitar la cancelación de la inscripción comunicando el domicilio al que se le pueden dirigir las comunicaciones judiciales. El Registro remitirá a los tribunales en que conste que existe proceso contra dicho demandado, el domicilio indicado por éste a efecto de comunicaciones, resultando válidas las practicadas a partir de ese momento en ese domicilio».

## 5.6. Otros medios de comunicación procesal

Es el artículo 162 L.E.C. el que aborda esta cuestión manifestando que «cuando los juzgados y tribunales y las partes o destinatarios de los actos de comunicación dispusieren de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios, con el acuse de recibo que proceda.

Las partes y los profesionales que intervengan en el proceso deberán comunicar al tribunal el hecho de disponer de los medios antes indicados y su dirección.

Asimismo, se constituirá en el Ministerio de Justicia un Registro accesible electrónicamente de los medios indicados y de las direcciones correspondientes a los organismos públicos.

Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, aquéllos habrán de aportarse o transmitirse a las partes e interesadas de modo adecuado a dichos procedimientos o en la forma prevista en los artículos anteriores, con

*observancia de los requisitos de tiempo y lugar que la Ley señale para cada caso».*

Este precepto, propio del siglo XXI, alude a la futura implantación de las nuevas tecnologías de la información a la Administración; pero desgraciadamente a día de hoy, y a pesar del potencial de ventajas que, en orden a la agilización de los procedimientos, presentan, tan sólo se constatan algunas experiencias piloto claramente minoritarias, derivadas de la falta de garantías de seguridad jurídica que todavía presentan tales tecnologías.

Por tanto, nos encontramos en una mera etapa embrionaria, que se supone se retardará en el tiempo, dada la escasa dotación que en relación a estos temas poseen nuestros juzgados y tribunales; los cuales presentan como última novedad en materia de actos de comunicación el uso del fax [ya visto y estudiado páginas anteriores].

Como afirma Ormazábal Sánchez en relación a este asunto, «no es exagerado afirmar que el grado de seguridad eventualmente alcanzable mediante la firma digital en la transmisión de documentos electrónicos podría convertir los sistemas informáticos de comunicación en el cauce ordinario del tráfico jurídico entre particulares y entre estos y los poderes públicos, razón que explica el creciente y efectivo interés de las instituciones comunitarias por la configuración de un marco legal europeo en dicho ámbito». Y a este respecto, remite a la Comunicación de 8 de octubre de 1997, de la Comisión Europea al Consejo, Parlamento y a los Comités Económico y Social, y al de las Regiones titulada «Fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica. Hacia un marco para la firma digital y el cifrado».

Para concluir, y en opinión de Miguel Ángel Fernández, dos son los problemas fundamentales que plantea el uso de estos medios de comunicación, al no estar controlados por fedatario público alguno. Primero, la dificultad de controlar la autenticidad de la propia comunicación y su contenido por su remitente. Y en segundo lugar, la ausencia de fehaciencia en los soportes destinados a dejar constancia del envío y de su recepción.

## 6. NULIDAD Y SUBSANACIÓN DE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL

Teniendo en cuenta que el propósito de los actos de comunicación radica en dar a conocer las resoluciones de todo tipo que se dictan durante la sustanciación de un proceso [con lo que los intervinientes

en el mismo podrán defender sus derechos e intereses del modo que estimen conveniente]; Y que para ello se dictan las normas de comunicación procesal, cuyo objeto es garantizar el conocimiento efectivo de las resoluciones judiciales por sus destinatarios; parece lógico que la L.E.C. declare la nulidad de pleno derecho de los actos de comunicación que se hayan llevado a cabo sin observar lo ordenado en dicha normativa. En este sentido, el artículo 166-1 L.E.C declara [en relación con el artículo 225-3 de la misma] que «serán nulos los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a lo dispuesto en este capítulo y pudieren causar indefensión».

Es decir, del tenor literal de la nueva L.E.C. parece desprenderse que para poder declarar la nulidad de un acto de comunicación, basta con que se dé infracción de la norma procesal y que dicha infracción pueda conllevar, con independencia de que realmente se hubiere producido o no, indefensión. Dicho de otra manera, del incumplimiento formal de la Ley debe inferirse, al menos potencialmente, un resultado lesivo en el derecho de defensa del destinatario [lo que a efectos prácticos, supondría no exigir demostración de la indefensión producida, sino únicamente declarar que el incumplimiento legal fue de tal entidad que, en cuanto se produjo, colocó en posible situación de indefensión al interesado].

Pues bien, creemos que el contenido de este artículo 161-1 L.E.C. induce de un modo peligroso a confusión, pues como hemos subrayado no parece que haya que constatar de modo fehaciente que se produjo una situación de indefensión lesiva del derecho fundamental; lo cual se aparta claramente de lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que para decretar la nulidad de pleno derecho por defecto de forma de los actos procesales, dispone en su artículo 240: «[...] la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión [...]». Por tanto, para decretar la nulidad de pleno derecho de los actos de comunicación se exige no sólo la infracción de la normativa procesal, sino también que concurra la efectiva indefensión del destinatario, y no la mera posibilidad potencial.

Y en esta misma línea, la posición del Tribunal Supremo es clara y contundente. Así, entre otras muchas, la STS de 13 de julio de 1995, declara que «la finalidad de los actos de comunicación procesal consiste en llevar al conocimiento personal de los litigantes las decisiones y resoluciones judiciales, a fin de que puedan adoptar la conducta procesal que consideren oportuna en defensa de sus derechos e intereses, buscando por ello, siempre que sea factible, el emplazamiento personal,

como máxima garantía; pero producido tal conocimiento, ha de facilitarse la continuación del proceso [...], y si esto ocurre, aunque el acto de comunicación adoleciere de alguna irregularidad, debe producir plenos efectos, pues lo que no puede proteger el derecho es el desinterés, la pasividad o negligencia del interesado que adquirió, a pesar de un posible defecto de comunicación, conocimiento del acto o resolución judicial por otros medios distintos, supuesto en el que no puede alegar indefensión, al depender su conducta activa o pasiva de su exclusiva conveniencia y acomodo».

No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento permite la posibilidad de subsanación de los actos de comunicación defectuosos. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 166-2 L.E.C. [...] «sin embargo, cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiere dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley».

También induce claramente a confusión este segundo apartado del artículo 166 L.E.C. ya que parece exigir que el sujeto destinatario comparezca ante el tribunal y denuncie el acto de comunicación irregular. Entendemos que sostener tal interpretación supondría ir claramente contra la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional, que exige el mero conocimiento del acto por el interesado con independencia que comparezca o no en el tribunal, ya que la comparecencia lo único que abre al interesado es la posibilidad de denunciar la infracción. De lo cual, la nulidad a la que alude en este punto la Ley de Enjuiciamiento entendemos que debe ir referida no a una nulidad absoluta o de pleno derecho, sino a la relativa o anulabilidad [aunque esta afirmación no cuenta con una unanimidad doctrinal].

En resumen, la doctrina del Tribunal Constitucional para declarar el amparo constitucional por infracción procesal, declara lo siguiente: 1º. Que quien conozca de la infracción procesal comparezca, o en términos más precisos, debe comparecer. Así en la STC 14/1992 se señala que [...] «si conociendo de la existencia del proceso, y teniendo la oportunidad de hacerlo, aquél no comparece ni defiende sus derechos, ninguna vulneración de garantías procesales puede aducir, pues si hubo falta de defensa fue por su negligencia o por su voluntario apartamiento del juicio».

2º. Que quien comparezca debe denunciar la falta en el primer trámite procesal de que disponga. En este sentido, no habrá indefensión,

según la STC 102/1987 [...] «cuando, aun habiéndose quebrantado la legalidad procesal por el juzgador, la propia interesada, por impericia o negligencia, no haya utilizado sus posibilidades de defensa, desdeñando los remedios hábiles para hacer valer sus intereses y cooperando con ello al menoscabo de su posición procesal».

## 7. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de nuestra experiencia profesional hemos podido comprobar desde la preocupante escasez de conocimientos de los agentes que intervienen ante nuestros juzgados y tribunales sobre la normativa que hemos analizado, en contraste con el derecho sustantivo; y ello a pesar de la enorme importancia que tiene, en orden a poder agilizar los procedimientos, conocer las posibilidades que ofrece la sistemática reguladora de los actos de comunicación, especialmente cuando se trata de trasladar resoluciones judiciales a demandados que se resisten tenazmente a recibirlas, tratando de este modo de dilatar el curso de los autos el mayor tiempo posible.

También queremos dejar constancia de la amplitud de criterios que ordinariamente muestran los tribunales civiles en orden a la interpretación de esta normativa, que depende en buena medida de los criterios estrictamente personales de los Secretarios Judiciales, a veces incluso cambiantes, por lo que una buena orientación a instancia de parte, resulta para lo mismos bastante esclarecedor.

Finalmente, hemos constatado del análisis de la normativa, que aunque en algunos aspectos ha supuesto un avance innegable en relación con la legislación anterior, en otros casos no así; resultando en ocasiones excesivamente farragoso y contradictorio, incluso con lamentables lagunas, que no mejoran por ejemplo la reforma acometida en el procedimiento laboral. Por todo ello pensamos que sólo parcialmente se cumplen los deseos expresados en el Exposición de Motivos de la L.E.C. en lo relativo a regular el sistema de actos de comunicación con «orden, claridad y sentido práctico».

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Tapia Parreño, «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los actos de comunicación en el proceso civil».  
 Guasp Delgado, «Derecho Procesal Civil».  
 Miguel Ángel Fernández, «Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil».

Ormazábal Sánchez, «La aplicación de las nuevas Tecnologías en el proceso civil español».

De la Oliva Santos, «Derecho Procesal Civil».

Granizo García-Cuenca, «Los principios constitucionales de contradicción, audiencia y defensa en el proceso civil. En especial los actos de comunicación de las partes y del órgano judicial».

Barrio Calle, «Los actos de comunicación y el auxilio judicial».

## BREVE ESTUDIO EN TORNO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SUS GARANTÍAS

POR

VICTORIA LÓPEZ TORRALBA  
LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. El procedimiento como garantía de los particulares. 1.2. El procedimiento administrativo sancionador y sus garantías. 1.3. Reflexiones sobre la regulación actual. 2. GARANTÍAS PROCESALES. 2.1. Garantía de procedimiento. 2.1.1. Necesidad de procedimiento: su fundamento. 2.1.2. Pluralidad de procedimientos. 2.2. Garantía de imparcialidad del órgano instructor: Separación de la función instructora y de la función sancionadora. 2.3. Garantía de preservación del objeto y finalidad del procedimiento sancionador: las medidas cautelares. 2.4. Garantía de motivación de la resolución sancionadora. 2.5. Garantía de celeridad del procedimiento sancionador. 3. GARANTÍAS DEL PRESUNTO RESPONSABLE. 3.1. Derecho a la presunción de inocencia. 3.2. Derecho a intervenir en el procedimiento con conocimiento de la imputación y con empleo de medios de defensa. Otros derechos. 3.3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. 3.4. Sobre el posible derecho a la doble instancia: ¿Tiene el presunto responsable derecho fundamental a la doble instancia? 4. CONTROL DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. 4.1. Control interno: impugnación en vía administrativa. 4.2. Control externo: impugnación en vía jurisdiccional y suspensión judicial. 4.3. Control especial del respeto a los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador: el procedimiento especial previsto en la LJCA y el recurso de amparo. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

#### 1.1. El procedimiento como garantía de los particulares

La exigencia de procedimiento conlleva la garantía constitucional de la existencia de unos trámites procedimentales a través de los cuales se ha de formar la voluntad administrativa. Esta garantía de procedimiento se establece en la propia Constitución Española, al señalar en su artículo 105 que la Ley regulará «c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado».

El procedimiento administrativo, al configurarse como límite en el ejercicio de la potestad administrativa, juega una doble función, como garantía del interés general y como garantía frente a los administrados; esta doble garantía ya se venía recogiendo en la vetusta

jurisprudencia del Tribunal Supremo, estableciendo ésta que «el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones», así en STS de 14 de abril de 1971. En esta misma línea, Garrido Falla<sup>1</sup> considera que el que la declaración en que el acto administrativo consiste se forme a través de un procedimiento es el efecto de una doble causa: de una parte, el hecho de que la Administración, siendo una persona moral, forma su voluntad mediante la conjunción de una serie de voluntades de las personas físicas que la integran; de otra, el hecho de que las cada vez más fuertes exigencias del Estado de Derecho tienen a una cada vez mayor juridización del actuar administrativo, y es con esta juridización del procedimiento con la que se persigue un doble objetivo: la garantía de los derechos e intereses de los particulares y la garantía del interés público, asegurando un mayor acierto y eficacia en la resolución administrativa.

Ya es clásica la distinción que García de Enterría hace de las garantías que ostenta el ciudadano en su posición jurídica frente a las Administraciones Públicas, considerando que el procedimiento es la primera de ellas, siendo la segunda, los medios de impugnación en vía administrativa y la tercera el acceso a los Tribunales de Justicia mediante la fiscalización de la actuación administrativa.

La regulación del procedimiento administrativo común está hoy contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP), modificada por Ley 4/1999, de 13 de abril, que derogó<sup>2</sup> casi en su totalidad la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en cuyos artículos 133 y siguientes regulaba el procedimiento sancionador. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LRJAP señala, tras citar el contenido del art. 149.1.18<sup>o</sup> de la Constitución Española que «la Ley recoge esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y fija las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos «ratione materiae» que deberán respetar, en todo caso, estas

<sup>1</sup> Garrido Falla, F., Comentarios a la Constitución. Tercera Edición ampliada, Civitas, pag. 1631.

<sup>2</sup> La derogación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 tiene lugar mediante la Disposición Derogatoria de la LRJAP, la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) y la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1997, del Gobierno.

garantías (...) la regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas de procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común.»

Todo procedimiento administrativo<sup>3</sup>, está sujeto a una serie de garantías, las cuales también concurren en el procedimiento administrativo sancionador, en cuyo ámbito se hacen más relevantes. Con carácter general, como principios generales que se derivan de la propia Norma Fundamental y de los que nacen las garantías del procedimiento, cuyo control último se residencia en los Tribunales de Justicia, según el tenor del artículo 106 de la Constitución Española (en adelante CE), podemos citar las siguientes: el principio de legalidad — artículos 9.3 CE y 103 CE—; la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9.3 CE; la objetividad (según el art. 103.1 CE) e imparcialidad (como recoge el art. 103.3 CE) con que la Administración ha de servir a los intereses generales; la igualdad en la actuación administrativa frente a los administrados —art. 14 CE— y la no indefensión y presunción de inocencia derivado del art. 24 CE. En este sentido, en cuanto a la efectividad del derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha excluido de su ámbito material de conocimiento jurisdiccional las cuestiones relativas a la indefensión en los procedimientos administrativos<sup>4</sup>. Por ello, las infracciones o vicios de forma que se puedan cometer durante la tramitación del procedimiento administrativo han de ser corregidos en vía judicial y planteados ante los órganos judiciales pero no originan indefensión que pueda fundamentarse en el art. 24.1 CE.

No obstante, la especial naturaleza de los procedimientos sancionadores determina que sólo a los actos que tienen carácter sancionador les resulta de aplicación las garantías constitucionales, como veremos a continuación, sin que quepa exigir la extensión de estas garantías a actos que no tengan este carácter punitivo (en esta línea

<sup>3</sup> Sobre los principios generales del procedimiento administrativo, LOPEZ MENUDO, Francisco, realizó ya en 1991 un ensayo de clasificación, distinguiendo entre los principios constitucionales que tienen operatividad directa e inmediata en el procedimiento; los principios del procedimiento con una clara conexión en principios positivizados en la Constitución; principios generales no constitucionalizados de amplia incidencia en el procedimiento; criterios legales que no constituyen auténticos principios y reglas o técnicas que a veces son calificadas impropiaemente por la doctrina y jurisprudencia como principios. Los principios generales del procedimiento administrativo. Revista de Administración Pública n.º 129 septiembre-diciembre 1992.

<sup>4</sup> Auto del Tribunal Constitucional 232/1983. Incluso ha declarado el Tribunal Constitucional que la falta de audiencia del perjudicado no constituye una infracción susceptible de amparo, sino acaso solo contraviene lo dispuesto en el artículo 105 c) CE, pues en definitiva las exigencias del art. 24 no son trasladables sin más a toda tramitación administrativa (STC 68/1985).

numerosas resoluciones como los Autos del Tribunal Constitucional 239/1988 6 96/1988).

## 1.2. El procedimiento administrativo sancionador y sus garantías

El procedimiento administrativo sancionador constituye un procedimiento administrativo especial mediante el cual la Administración Pública ejercita el ius puniendi, dentro de la unidad de la potestad sancionadora<sup>7</sup>, y es indudable que en este marco, en el que como consecuencia de dicho procedimiento puede el ciudadano verse sancionado, las garantías propias del procedimiento han de ser observadas con exquisito rigor. Como señalan García de Enterría y Fernández Rodríguez, la potestad sancionadora de la Administración no es una potestad administrativa más, sino que forma parte de la potestad punitiva del Estado.

Este carácter gravoso del procedimiento sancionador y la naturaleza de la potestad sancionadora es lo que determinan que a lo largo del mismo no sólo se respeten las garantías propias del procedimiento administrativo común, sino que al mismo se añadan otras derivadas de la propia Constitución y del derecho constitucional de defensa que asiste a todos los ciudadanos, como traslación de las garantías propias del ámbito penal al derecho administrativo sancionador, que serán objeto de nuestro estudio. Por eso, la Exposición de Motivos de la LRJAP señala también que «El Título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del Texto Constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia (...) Todos ellos se con-

<sup>7</sup> La tesis dominante en la actualidad, tras la Constitución Española de 1978, reconoce que la potestad sancionadora de la Administración forma parte de un «genérico» ius puniendi del Estado, que es único, aunque luego tenga dos manifestaciones distintas (la pena y la sanción administrativa). Por tanto, la discusión se centra en saber si en ambas esferas existen las mismas garantías para el presunto responsable, es decir, en el proceso penal y en el ámbito administrativo sancionador. En este sentido, la doctrina —tanto administrativista como penalista— y la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de identificar el injusto penal y el injusto administrativo, pues no es posible encontrar diferencias ontológicas en cuanto a su contenido entre ambos, e incluso la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984 (caso Oztürk) señaló expresamente que «el Convenio de Roma no impide a los Estados Miembros establecer o mantener una distinción entre diferentes tipos de infracciones definidas por el derecho interno» añadiendo que, en esos casos, es necesario que ambos injustos estén abarcados por las mismas garantías mínimas de régimen jurídico.

sideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias.»

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, regula los principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador dentro de su Título IX<sup>6</sup>, en sus Capítulos I y II, artículos 127 y siguientes.

Nuestro breve artículo está orientado al examen de los aspectos propiamente procedimentales del procedimiento sancionador y de las garantías del presunto responsable. En la distinción que Garberí Llobregat, realiza dentro del Título IX de la LRJAP, el Capítulo I obedecería a la importación al ámbito de la Administración sancionadora de las garantías consagradas en el art. 25 CE, que genéricamente pudieran catalogarse como «principios informadores del Derecho Penal material», mientras que los principios del Capítulo II del mismo Título de la LRJAP, responden, por el contrario, a las garantías nucleadas en torno al art. 24.2 CE, que de igual forma genérica podrían ser calificadas como «principios informadores del Derecho Procesal».

También Suay Rincón<sup>7</sup>, señala que el Capítulo II puede ser enjuiciado desde dos distintos puntos de vista; desde la posición de la Administración y de las decisiones que pueda adoptar en el curso del procedimiento (que permitiría examinar los arts. 136 y 138 LRJAP) y desde la posición del ciudadano y los derechos que pueda hacer valer en el citado procedimiento (arts. 134, 135 y 137 LRJAP).

Sobre la traslación de la totalidad de los principios, características y garantías del derecho penal al ámbito administrativo sancionador,

<sup>6</sup> Este Título, como recoge la Exposición de Motivos de la Ley, «regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención. Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc.»

<sup>7</sup> SUAY RINCÓN, José. La potestad sancionadora de la Administración en Comentarios a la LRJAP y PAC, Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, 1993, pág. 220.

se ha pronunciado la jurisprudencia y la doctrina constitucional<sup>8</sup>, señalando que esa traslación ha de hacerse con matices, pues si se trasladaran en su totalidad, el derecho administrativo sancionador se integraría sin más dentro del marco penal, y a ello se oponen razones esenciales, pues aunque se afirme que ambos son manifestación del ius puniendi del Estado, lo cierto es que como señala Quintero Olivares<sup>9</sup> la política criminal y la autotutela son cosas diferentes y eso se manifiesta también en esas diversidades.

En este sentido traemos a colación lo dispuesto en el Fundamento de Derecho Tercero de la STC 54/2003, de 24 de marzo de 2003 (RTC 2003/54), al señalar que:

*«la reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), que ha declarado, no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales insitias en el art. 24.2 CE, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto. Ello, como se ha afirmado en la STC 120/1996, de 8 de julio (FJ 5), «constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho».*

Para el estudio que vamos a realizar, consideramos conveniente hacer una nueva distinción dentro de la categoría general de garantías del procedimiento administrativo sancionador, garantías que podemos clasificar en dos bloques:

<sup>8</sup> Recordemos a estos efectos que la extensión por el Tribunal Constitucional de los principios inspiradores del orden penal al ámbito administrativo sancionador tiene gran importancia, porque este Tribunal es el intérprete supremo de la Constitución Española (art. 1 LOTC) y su doctrina tiene eficacia vinculante para los órganos jurisdiccionales (art. 5.1 LOPJ).

<sup>9</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública, Revista de Administración Pública, n.º 126, septiembre-diciembre 1991, pag. 253 y siguientes.

- un primer bloque de garantías procesales abstractamente referidas al procedimiento sancionador y presidido por la aplicación modulada al procedimiento sancionador del derecho a un proceso justo y equitativo, que necesariamente coadyuvan al resultado de un proceso con respeto al principio de contradicción. Es decir, las garantías genéricamente observadas desde la posición de la Administración Pública y desde el examen de las decisiones que puede adoptar para su consecución.
- y un segundo bloque, referido a las garantías de los derechos de la persona presuntamente responsable, en cuyo núcleo se encuentra el derecho de defensa y sus derechos instrumentales, como el derecho a la presunción de inocencia y las garantías del derecho a intervenir en el procedimiento con conocimiento de la imputación y empleando los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes.

Indudablemente, abordar ambas categorías en el marco del derecho administrativo sancionador ha de hacerse desde la perspectiva del derecho de defensa del artículo 24 CE, siendo de mayor intensidad su influjo en el segundo bloque que en el primero, pero coadyuvando ambos a alcanzar esta finalidad.

Dentro de las garantías, y en la clasificación que hemos realizado anteriormente, será preciso analizar si dichas garantías emanan del propio texto fundamental, en qué medida se ha reconocido por la doctrina constitucional y la jurisprudencia su traslación desde el derecho penal al administrativo sancionador y si el legislador ordinario de uno u otro modo las ha incluido en su regulación, cuestión relevante, en tanto que determinará la naturaleza jurídica de la garantía, recogiendo como una mera exigencia formal o como derecho fundamental, sujeto a especial protección.

Otra acotación necesaria, antes de entrar de lleno en el examen de las garantías, es que nos vamos a centrar en el estudio de las garantías que concurren en el procedimiento administrativo cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora de protección general, dejando al margen las sanciones de autotutela, tales como las impuestas en el marco del derecho disciplinario (art. 127.3 y Disposición Adicional Octava LRJAP), las sanciones tributarias (Disposición Adicional Quinta LRJAP) o las del orden social (Disposición Adicional Séptima LRJAP), que no se rigen por los principios de la LRJAP, salvo con carácter supletorio.

Recordemos que la doctrina más autorizada viene distinguiendo entre la potestad sancionadora ordinaria o general, que es la que pretende preservar los intereses generales frente a las conductas antijuri-



dicas de los ciudadanos que vulneran el orden previamente establecido, es decir, se configura como una potestad de «protección general» o de heterotutela; mientras que la potestad disciplinaria puede denominarse como «potestad de autoprotección» o de autotutela, dado que su finalidad es el mantenimiento del orden y la eficacia de la organización interna de la Administración, como sucede en el derecho disciplinario, en los casos de policía demanial o sanciones tributarias, terminología esta acuñada por García de Enterría.

Así, por ejemplo, es importante señalar cómo en el ámbito del Derecho Disciplinario, que tienen como fundamento las denominadas «relaciones de sujeción especial», la traslación y aplicación de los principios del Derecho penal, está muy matizada, de manera que algunos autores (Castillo Blanco e Ildefonso Huertas) incluso aluden a «la simulada aplicación de los principios del Derecho penal en el ámbito disciplinario». <sup>10</sup> La STC 66/1984, de 6 de junio, configura la potestad disciplinaria como distinta de la sancionadora de la Administración para la protección de los intereses generales, porque es una potestad fruto de una relación especial de los sujetos afectados.

### 1.3. Reflexiones sobre la regulación actual

Llama la atención el tratamiento escasísimo que la LRJAP hace de las garantías del procedimiento administrativo sancionador, parecen pocos preceptos, de manera que han de completarse lógicamente con los principios propios del procedimiento administrativo común y también ha de acudir todavía a la doctrina constitucional que sigue definiendo el marco de garantías y la traslación de las mismas que se produce desde el derecho penal al derecho administrativo sanciona-

<sup>10</sup> CASTILLO BLANCO, Federico A. e ILDEFONSO HUERTAS, Rosa M., La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la Seguridad Social. Revista de Administración Pública n.º 158, mayo-agosto 2002. Estos autores citan sentencias, incluso preconstitucionales, que ponían de manifiesto un intento de configurar y entender de forma renovada la aplicación del derecho penal al ámbito disciplinario; así las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1950, 12 de febrero de 1959, 19 de octubre de 1964, 2 de marzo de 1972, y otras posteriores a la Constitución como la de 26 de marzo de 1990, 23 de septiembre de 1991 o 29 de junio de 1992. No obstante, el Tribunal Constitucional ha puntualizado la aplicación de los principios del Derecho penal al ámbito disciplinario argumentando que, si bien son de aplicación a éste, lo son con determinados matices al operar dentro del Derecho disciplinario un fundamento distinto: la relación de sujeción especial a la que está «sometido» un funcionario público; institución esta última que provoca una cierta relajación de los principios imperantes en el Derecho penal que tienen su reflejo constitucional en los artículos 24 y 25 CE; en definitiva, de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende la aplicación en el ámbito disciplinario de los principios de legalidad, tipicidad y derechos de defensa, si bien con menor intensidad que en el resto de derecho sancionador de heterotutela.

dor; sin embargo, la cuestión surge de forma inmediata ¿son suficientes estos preceptos y un sistema tan abierto para garantizar los derechos de los particulares? ¿No resultaría más conveniente una regulación conjunta y sistemática de todos ellos?

Ya Nieto <sup>11</sup> reflexionaba sobre el significado que podía tener la ausencia en España, a diferencia de lo que sucedía en Alemania o Italia, de una Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas, apuntando para ello al temor del legislador a apostar decididamente en esta línea dando cobertura a un vacío de seguridad jurídica que existe actualmente. Si bien, haciendo un recorrido por diversos intentos legislativos, recoge cómo los esfuerzos realizados en este sentido han fracasado. Este autor, citando a De la Morena <sup>12</sup>, señala distintos anteproyectos que nunca llegaron a buen fin, el primero obra de Villar Palasí preparado en el seno de la Comisión General de Codificación, el segundo fue una proposición presentada por el Partido Popular en 1986 y el tercero preparado por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, que trataba de ser una norma de garantías para el infractor a la manera que lo son el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el delincuente y el procesado. También existen otros trabajos en esta línea como los que realizó una Comisión de Estudios creada en el seno del Instituto Nacional de Administración Pública en 1989, de la que fue ponente el propio De la Morena.

No es descartable e incluso sería deseable una norma general en esta línea garantista de los derechos del presunto responsable, aunque parece que claramente con la LRJAP se abandona la idea de una ley general sobre la potestad sancionadora que contuviera un régimen sustantivo y procedimental. De optarse por esa nueva perspectiva de regulación del procedimiento administrativo sancionador, por la que seguimos apostando, habrían de tenerse en cuenta, además de las garantías que establece nuestra Norma Fundamental y las normas de procedimiento administrativo que veremos a continuación, las garantías que, como marco general, y si culmina con éxito el proceso constitucional europeo, recoge la Constitución Europea <sup>13</sup>, una vez que se

<sup>11</sup> NIETO, A. Derecho Administrativo Sancionador, página 17.

<sup>12</sup> MORENA Y DE LA MORENA, Luis de la. «¿Son trasplantables en bloque a la potestad sancionadora de la Administración las garantías que limitan el ius puniendi de los Tribunales?», La Ley, n.º 2.199, año 1989.

<sup>13</sup> Un importante trabajo sobre la Constitución Europea se contiene en Comentarios a la Constitución Europea, dir. ALVAREZ CONDE, E. y GARRIDO MAYOL, V. Tirant lo Blanch, 2004.

Recordemos que en virtud de lo dispuesto en el art. 93 CE, mediante Ley Orgánica 1/2005, de 20 de mayo, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 121, de 21 de mayo de 2005, se autoriza la ratificación por España del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

rátificara su texto por todos los Estados Miembros (recordemos que en algunos países de la Unión Europea no se diferencia normativamente entre infracciones penales e infracciones administrativas, mientras que en otros la distinción sí es clara).

## 2. GARANTÍAS PROCESALES

Siguiendo el esquema que hemos perfilado anteriormente, distinguimos entre garantías procesales y garantías del presunto responsable. Así, este primer bloque, dedicado a las garantías procesales, coadyuva a que el procedimiento administrativo sancionador pueda ser considerado como un procedimiento justo y equitativo, adquiriendo un mayor protagonismo desde esta perspectiva la Administración y las decisiones que la misma pueda adoptar frente al protagonismo que adquiere el presunto responsable en el segundo bloque de garantías.

Estas garantías son: garantía de procedimiento; garantía de imparcialidad del órgano instructor, garantía de preservación del objeto y finalidad del procedimiento (medidas cautelares); garantía de motivación de la resolución sancionadora y garantía de celeridad del procedimiento sancionador.

### 2.1. Garantía de procedimiento

#### 2.1.1. Necesidad de procedimiento: su fundamento

Ya hemos señalado cómo podemos considerar que la existencia misma del procedimiento deriva de una doble fundamentación; deriva del propio ejercicio por parte de la Administración Pública de una potestad, la potestad sancionadora, frente a los administrados, debiendo garantizarse la existencia de límites como garantía del interés público y de los propios ciudadanos, en los términos que hemos expuesto anteriormente. Este procedimiento, vendrá marca-

Dentro de la Constitución Europea, hemos de destacar lo dispuesto en el Título VI Justicia, de la Carta de los Derechos Fundamentales —inspirada en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950— que recoge los siguientes preceptos:

Artículo II-107. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.  
 Artículo II-108. Presunción de inocencia y derechos de la defensa.  
 Artículo II-109. Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas.  
 Artículo II-110. Derecho a no ser juzgado o condenado penalmente por la misma infracción.

do por los propios principios y garantías del procedimiento administrativo común que recoge la LRJAP, además de los principios y garantías del Título IX del mismo texto legal, y sin perjuicio de las peculiaridades propias que pueda establecer cada Administración Pública competente en ejercicio de su competencia de autoorganización y en materias sobre las que ostente competencias sustantivas.

La necesidad de procedimiento para la imposición de una sanción administrativa deriva de la ineludible participación activa en el procedimiento del presunto responsable para poder ejercitar en él su derecho a la defensa, garantizado desde el propio texto constitucional, y de la traslación al ámbito administrativo sancionador de los principios generales en materia penal.

Para Garberí Llobregat<sup>14</sup>, recogiendo la jurisprudencia constitucional y la doctrina —con cita de Garrido Falla—, la necesidad de informar la actuación administrativa con el principio de legalidad procedimental goza de una doble justificación: por un lado, tiene como objetivo garantizar los derechos e intereses de los particulares, posibilitando su participación activa en la formación de la decisión administrativa, exponiendo sus razonamientos y defendiendo sus derechos, y por otro lado busca igualmente garantizar el interés público, asegurando un mayor acierto y eficacia de la resolución administrativa, al poner en manos de la autoridad todos los elementos de juicio necesarios para dictarla. Ambas finalidades se muestran íntimamente unidas entre sí, formando el núcleo de la garantía constitucional: el administrado debe tener unas plenas oportunidades de defensa y la autoridad pública debe tener el más amplio posible conjunto de elementos de juicio a la hora de emitir su decisión.

Este principio se recoge en el art. 134.1 de la LRJAP conforme al cual «el ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido» y en el apartado tercero del mismo precepto al señalar que «en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento», de manera que se proscribe la posible imposición de sanciones de plano, sin que vayan precedidas del correspondiente procedimiento administrativo, en el que se dará audiencia al interesado. Establece el principio que Garberí Llobregat denomina «principio de legalidad procedimental».

González Pérez<sup>15</sup> ha criticado duramente el sistema que implanta la LRJAP, frente a la anterior LPA de 1958 que establecía un procedi-

<sup>14</sup> Ob. Cit. Pág. 208.

<sup>15</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J. Comentario a la LRJAP, vol. II. Pág. 2963.

miento común (afirma, en este sentido, que la LPA en sus artículos 133 a 137 regulaba un procedimiento administrativo común en el sentido verdadero y propio de la expresión) pues considera que ahora solamente se establecen los principios de ese procedimiento; de hecho, esta crítica la recoge bajo el título «El big-bang del procedimiento administrativo sancionador» cuyo primer apartado titula con el sugerente enunciado de la disparatada aventura emprendida por la LRJAP: conseguir que cada norma sustantiva (ni siquiera cada sector de la actividad administrativa) tenga su específico procedimiento sancionador formalizado, añadiendo que la reforma llevada a cabo por la Ley 30/1992, supuso la dinamitación del proceso codificador que llevó a cabo la LPA.

Por su parte, Suay Rincón<sup>16</sup>, señala que el art. 134 contempla, lo que podemos denominar, el «derecho al procedimiento», pues no cabe sanción sin procedimiento; no caben las sanciones de plano y en todo caso es obligado incoar e instruir un procedimiento. Y añade que el derecho al procedimiento no termina aquí pues el art. 134 contempla una doble garantía, material —entendida como el principio de la doble autoridad administrativa— y formal en cuanto a ese procedimiento. De este modo, en cuanto a la garantía formal señala este autor que «La garantía formal, por otra parte, opera de modo más atenuado y se recoge en el art. 134.1, que faculta tanto a la Ley como al Reglamento para regular los procedimientos sancionadores. Nada hay que objetar a esta previsión, en cuanto la reserva constitucional de ley afecta únicamente a las infracciones y sanciones. No así a los aspectos formales, aunque esta regla general es susceptible de alguna excepción en algún caso».

Dejando al margen las disquisiciones doctrinales existentes, consideramos que lo realmente esencial de la existencia o inexistencia de procedimiento sancionador viene determinado indudablemente por los efectos que de ello se derivan. Así, la falta de procedimiento administrativo determina la nulidad radical del acto administrativo sancionador, puesto que como señala el art. 62.1 apartado e) de la LRJAP, son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sin perjuicio de lo cual, cuando existan irregularidades en la tramitación del procedimiento habrá de examinarse si las mismas son determinantes de nulidad radical, anulabilidad o son meras irregularidades no invalidantes en los términos establecidos en los art. 62 y 63 de la LRJAP. De este modo, la omisión total y absoluta de los requisitos esenciales del procedimiento sancionador determina la anulación de las actua-

<sup>16</sup> SUAY RINCÓN, La potestad sancionadora de la Administración, op. cit. pag. 221.

ciones y su retroacción al momento inmediatamente anterior a que las mismas se hubieran producido.

En este sentido la STS de 19 de julio de 1999 (Ar. 6316), en su Fundamento Jurídico Cuarto establece que:

«Esta Sala, a la vista de las actuaciones que obran en el expediente, comparte plenamente el criterio del Tribunal «a quo» y estima que, en el presente caso, la decretada nulidad de actuaciones, con retroacción del expediente, no sólo es procedente, sino obligada e ineludible. Porque, en efecto, no se trata de que se hayan omitido tales o cuales trámites, más o menos importantes, o se hayan advertido defectos de forma, más o menos subsanables. Es que hay una falta total y absoluta de los requisitos esenciales que definen un procedimiento sancionador. La imposición de las sanciones se ha producido sin más actuaciones previas que el acuerdo de incoación y un pliego de cargos, a todas luces defectuoso, que ni siquiera determina los hechos en que pretende basarse. Ni una sola diligencia de instrucción o de prueba, y por si fuera poco, ausencia total de una propuesta de resolución, mínimamente razonada y notificada en debida forma. La indefensión es de toda evidencia.»

Incluso antes de la LRJAP el Tribunal Constitucional había proscrito la posibilidad de sanción sin previo procedimiento, de manera que se privara al sancionado de toda posibilidad de defensa. Así la STC 18/1981, de 8 de junio, establecía que los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24 CE «no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración... pueda incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión», pues «la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto implicado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga» (FJ 3).

Cuestión distinta a la de ausencia de procedimiento es la relativa a la posibilidad de que existan procedimientos simplificados<sup>17</sup>, en los que también habrá de respetarse unas garantías mínimas, pero que compadece bien con el principio de eficacia y celeridad que ha de pre-

<sup>17</sup> Un interesante recorrido sobre esta materia es el que realiza Garberí Llobregat, op.cit. pag. 212 y ss., sobre los procedimientos simplificados en derecho comparado, realizado a raíz de las recomendaciones del Consejo de Europa (1987), sobre la simplificación de la Justicia Penal. También esta autor señala que en nuestro derecho la utilización del procedimiento de urgencia, que recoge el art. 50 de la LRJAP y que supone reducir los plazos, es posible por aplicación también en el procedimiento administrativo sancionador.

sidir la actuación administrativa, sobre todo en aquellos casos de sanciones leves. La jurisprudencia viene admitiendo sin grandes problemas, aún antes de la LRJAP, la simplificación del procedimientos (así la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1980, Ar. 3464, admite un procedimiento de urgencia en el que se aúnan el pliego de cargos y la propuesta de resolución). Desde el punto de vista normativo, también el RPPS recoge en sus art. 23 y 24 un procedimiento simplificado, que podrá seguirse cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve; o el Decreto 245/2000, por el que se aprueba el Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración de la Comunidad de Madrid, regula en sus artículos 16 y 17 un procedimiento simplificado para estos mismos supuestos; o el art. 18 del Decreto 278/1993, de 29 de noviembre, sobre procedimiento sancionador de aplicación en ámbitos de competencias de la Generalidad de Cataluña, que regula el denominado «procedimiento abreviado», para sanciones leves o a las que corresponda una sanción pecuniaria inferior a 600 euros. En todo caso, la simplificación del procedimiento no puede entenderse como omisión de ciertas garantías de defensa, como es el derecho a proponer medios de prueba o a que no se le genere indefensión al presunto responsable.

En definitiva, puesto que se trata de aunar los principios de eficacia y celeridad en la actuación administrativa junto con el respeto a la seguridad jurídica, es posible proponer modificaciones normativas en las que se prime la simplificación de los procedimientos administrativos sancionadores, por ejemplo, mediante la ampliación de los supuestos en los que es posible acudir a un procedimiento simplificado o con la reducción de los plazos, que con los nuevos sistemas telemáticos y las nuevas tecnologías, permitirían la tramitación del procedimiento con todas las garantías en un menor periodo de tiempo.

### 2.1.2. Pluralidad de procedimientos

Ya hemos señalado que la LRJAP no establece un procedimiento concreto sino que únicamente establece una serie de principios comunes<sup>13</sup>, de manera que podemos hablar de distintos procedimientos

<sup>13</sup> El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el Proyecto de LRJAP, consideró que el derecho sustantivo sancionador y el procedimiento, se enmarcan sustantivamente, en cuanto a la competencia, en las reglas 1ª y 18ª del art. 149.1 de la Constitución, aquella atributiva al Estado de la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», y ésta en cuanto atribuye, también al Estado, «las bases del régimen jurídico

sancionadores, dependiendo de la Administración competente para sancionar o de la legislación sectorial aplicable, lo que ha merecido una importante crítica por parte de sectores doctrinales. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencias para establecer sus propios procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de la supletoriedad del art. 149.3 de la Constitución<sup>14</sup>.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión se recoge en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 157/2004, de 21 septiembre (RTC 2004/157), con cita de otras anteriores, que en su Fundamento de Derecho 15 establece lo siguiente, al referirse a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas:

«... tenemos que partir de nuestra doctrina sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, respecto de la cual hemos señalado en el fundamento jurídico 8 de la STC 124/2003, de 19 de junio, que: «debe señalarse ante todo su carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas, como hemos declarado en diversas resoluciones ( SSTC 48/1988, de 22 de marzo, F. 25; 227/1988, de 29 de noviembre, F. 29; 96/1996, de 30 de mayo, F. 7). De ahí que las Comunidades Autónomas puedan adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, debiendo acomodarse las disposiciones que dicten a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho administrativo sancionador (art. 25.1 CE), y no introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1 CE; SSTC 87/1985, de 16 de julio, F. 8; 196/1996, de 28 de noviembre, F. 3). La regulación de las infracciones y sanciones que las Comuni-

de las Administraciones Públicas» y el procedimiento común» (no las bases del procedimiento común, sino la regulación como competencia plena del procedimiento común, a salvo de las especialidades propias del derecho autonómico).

<sup>14</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1993, de 25 de marzo, señala que «es reiterada jurisprudencia constitucional que, cuando las Comunidades Autónomas tengan competencia en una materia sustantiva, puedan adoptar medidas sancionadoras —que son al cabo una potestad de ejecución más— e, incluso, normas reguladoras de las infracciones y sanciones siempre y cuando, claro está, no se trasgredan las garantías constitucionales recogidas en el artículo 25 de la Constitución ni se introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido o respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio; una exigencia última que se desprende del art. 149.1». Más recientemente también la STC 124/2003 (Pleno), de 19 junio se ha ocupado de esta cuestión,

dades Autónomas lleven a cabo estará pues limitada por los principios básicos del ordenamiento estatal (STC 227/1988, de 29 de noviembre, F. 29) y, en todo caso, habrá de atenderse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE; de igual modo el procedimiento sancionador habrá de ajustarse al «administrativo común», cuya configuración es de exclusiva competencia estatal (art. 149.1.18 CE), sin que ello implique que toda regulación del Derecho administrativo sancionador, por el hecho de afectar al ámbito de los derechos fundamentales, sea competencia exclusiva del Estado (STC 87/1985, de 16 de julio, F. 8).

Por ello, y sin ánimo de ser exhaustivos podemos citar para la Administración General del Estado el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>20</sup>. Además, las normas sectoriales recogen procedimientos específicos para dichas materias (por ejemplo en materia de disciplina urbanística, seguridad vial, infracciones en el orden social o en materia tributaria).

Las Comunidades Autónomas han dictado normas para regular las peculiaridades propias del procedimiento sancionador, entre las que podemos citar las siguientes: el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Comunidad de Madrid; la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma Vasca; el Decreto 189/1994, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador de la Administración autónoma de Castilla y León; el Decreto 21/1994, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento sancionador general en la Administración del Principado de Asturias; el Decreto 14/1994, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento a seguir por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en el ejercicio de la potestad sancionadora; el Decreto 9/1994, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre procedimientos sancionadores seguidos por la Comunidad Autónoma de Extremadura o el Decreto 278/1993, de 29 de noviembre, sobre procedimiento sancionador de aplicación en ámbitos de competencia de la Generalidad de Cataluña.

<sup>20</sup> Para González Pérez, a través del RPPS se pretende «arreglar» el caos generado por la eliminación de un procedimiento administrativo común en materia sancionadora, mediante este Real Decreto que es derecho supletorio, unificando en cierto modo la cuestión.

En cuanto a las Entidades Locales, el Real Decreto 1398/1993 se aplicará directa o supletoriamente según resulte de las normas estatales, autonómicas o locales dictadas al amparo de las reglas de distribución de competencia expresadas en el bloque de la constitucionalidad<sup>21</sup>. También, como señala García Gómez de Mercado<sup>22</sup>, la legislación autonómica será de aplicación, en función de la competencia autonómica sobre el desarrollo normativo del régimen local y las sustantivas sobre las distintas materias, a las corporaciones locales, poniendo como ejemplo lo establecido en el artículo 1.2 del Decreto 245/2000, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comunidad de Madrid para el ejercicio de la potestad sancionadora<sup>23</sup>. Todo ello sin olvidar lo que dispongan las correspondientes ordenanzas locales sobre la materia.

En definitiva podemos referirnos a una pluralidad de procedimientos sancionadores en la que es preciso conjugar tres aspectos, a saber, el subjetivo-atendiendo a la Administración Pública sancionadora—, objetivo—según la materia objeto de sanción— y formal—según se trate de un procedimiento ordinario o simplificado—.

## 2.2. Garantía de imparcialidad del órgano instructor: Separación de la función instructora y de la función sancionadora.

Todo procedimiento administrativo ha de estar presidido por los principios de imparcialidad y objetividad, puesto que todos los poderes públicos y, en concreto, la Administración Pública, están sujetos a dichos principios, como recoge el art. 103 CE y reitera el art. 3.1 LRJAP.

Un mecanismo tradicional de garantía de la objetividad e imparcialidad es el establecido a través de los institutos de la abstención y recusación. La abstención y recusación que recogen los arts. 28 y 29

<sup>21</sup> Así se establece en el Preámbulo del citado Real Decreto, añadiendo que, en el ámbito local, las ordenanzas son el instrumento adecuado para atender a esta finalidad y para proceder en el marco de sus competencias a una tipificación de infracciones y sanciones y que, pese al criterio doctrinal contrario, el Reglamento ha considerado necesario mantener el referente básico de principio de legalidad, de modo que las prescripciones sancionadoras de las ordenanzas completen y adapten las previsiones contenidas en las correspondientes Leyes.

<sup>22</sup> GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F. Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable. Ed. Comares, 2004, Pág. 113.

<sup>23</sup> Establece que el Decreto «será de aplicación supletoria por las entidades locales del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid para aquellas materias cuya competencia normativa corresponda a ésta, en defecto total o parcial de procedimientos sancionadores específicos previstos en los ordenamientos sectoriales o en las ordenanzas locales».

LRJAP, determinan, por una parte, que si concurre alguno de los motivos de abstención del art. 28.2, el personal de la Administración en la que concurran tiene la obligación de abstenerse, pudiendo exigírsele responsabilidades si así no lo hiciera y, por otro lado, el interesado puede promover la recusación; no obstante, los efectos de la no abstención y recusación, cuando hay motivos legales para ello, no implican la invalidez automática del acto.

Ciertamente pese a que el artículo 28 LRJAP tipifica las diversas causas de abstención, «la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido» (artículo 28.3); sólo «cuando haya sido determinante», dicha actuación implicará la invalidez de los actos en que hayan intervenido, así resulta, por lo demás, de la doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 30 de mayo de 1986, 6 de diciembre de 1985 y 22 de julio de 1997, entre otras).

Pero además, en el procedimiento administrativo sancionador, la garantía de imparcialidad tiene un peso específico importante que se plasma incluso en su regulación dentro de los principios generales de procedimiento, en concreto, en el artículo 134.2 LRJAP.

Ya señalaba Suay Rincón, en un artículo anterior a la LRJAP con el sugerente título de «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador»<sup>24</sup>, que las auténticas columnas vertebrales del proceso penal eran los principios de imparcialidad y de contradicción, por virtud del primero, la autoridad encargada de enjuiciar el caso (el juez) ha de disfrutar de una posición elevada, supra partes, ajena a los intereses confluyentes en el proceso, una posición, en definitiva, exquisitamente neutral; y añadía que por el segundo, cada actuación que se lleve a cabo dentro del proceso en orden al esclarecimiento de los hechos ha de ser trasladada al inculpado para que éste pueda emitir su opinión sobre ella; citando al efecto dos pasajes realmente descriptivos de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Revisando este artículo de Suay Rincón, podríamos pensar que el mismo carece a día de hoy de todo fundamento, pues la LRJAP es clara al reconocer estos dos principios, sin embargo, como examinamos a continuación esto no es del todo cierto; puesto que aunque ambos principios se recogen claramente, la extensión de sus efectos ha de ser matizada, de modo que podemos seguirnos planteando si efectivamente siguen vigentes los principios

<sup>24</sup> Revista de Administración Pública n.º 123, septiembre-diciembre 1990, pág. 153 y ss.

de imparcialidad y de contradicción tal y como se conocen en el derecho penal al ámbito administrativo sancionador.

Como ya hemos señalado anteriormente, la mención al principio de imparcialidad nos conduce inexorablemente a lo dispuesto en el artículo 134.2 de la LRJAP, conforme al cual «Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos»<sup>25</sup>.

Para Suay Rincón<sup>26</sup>, de la exégesis del precepto, cabe extraer una doble garantía, la formal (ya examinada y recogida en el art. 134.1 y 3) y la material. Por ello señala este autor que el artículo 134.2, como garantía material, establece el principio de la doble autoridad administrativa; que supone que en el procedimiento sancionador han de intervenir dos autoridades distintas, una para la instrucción y otra para la resolución. Consecuencia de la aplicación de los principios penales y a semejanza del proceso penal donde se pretende asegurar la imparcialidad en el juicio, el principal problema que se plantea aquí es el de determinar lo que la Ley entiende por «órganos distintos». En ocasiones, la propia Ley parece apostar por una concepción estricta de órgano, de modo que solamente tendrían esta consideración las macroestructuras de la organización administrativa, pero no las meras unidades y servicios. Ello podría plantear problemas prácticos importantes a las pequeñas Administraciones, como las de ámbito local.

La claridad con que este precepto se recoge en la LRJAP, fruto sin duda del reconocimiento de esta garantía previamente por la doctrina constitucional, choca con la dureza con que sectores de la doctrina critican esta traslación automática de una garantía propia del ámbito penal al ámbito administrativo sancionador. Garberí Llobregat no duda en afirmar que «sólo una mimética y precipitada traslación al ámbito administrativo de los derechos consagrados en el art. 24 CE ha podido determinar que el «derecho al Juez imparcial», ela-

<sup>25</sup> En este sentido, el art. 14.2 del Real Decreto 1398/1993 establece que «las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos» o también el art. 4.2 del Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, al señalar que «La función instructora se ejercerá por quien determinen las normas sancionadoras o las normas sobre atribución y ejercicio de competencia y, en su defecto, por quien determine el órgano competente para la incoación del procedimiento. En todo caso, la fase de instrucción y la fase de resolución deberán atribuirse a órganos o unidades administrativas distintos».

Es preciso recordar que el precepto invocado, no es de aplicación directa a los procedimientos tributarios por mandato de la Disposición Adicional Quinta de la propia Ley procedimental común.

<sup>26</sup> SUAY RINCÓN, La potestad sancionadora de la administración, ob., cit. pag. 221.

borado por la doctrina del Tribunal Constitucional bajo la cobertura del «derecho a un proceso con todas las garantías» (art. 24.2 CE), haya sido impostado en el art. 134.2 LRJAP, en el que se ordena que las fases de instrucción y decisión de los procedimientos sancionadores sean encomendadas a «órganos distintos».

Por tanto, cabe plantearse qué interpretación ha de darse al contenido del art. 134.2 LRJAP, y la respuesta nos conduce a que debe ser interpretado de forma flexible y no rigorista, como ha recogido la jurisprudencia y la doctrina constitucional. Así, según el Tribunal Constitucional esta separación no ha de predicarse en el ámbito sancionador de manera tan estricta como en el ámbito penal, de manera que su vulneración no ha de determinar necesariamente la nulidad del procedimiento.

Sobre esta cuestión, la reciente STC 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004/74), fundamento jurídico quinto, citando otras muchas sentencias, señala que:

*«de conformidad con nuestra doctrina hemos de recordar que el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías —entre ellas, la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo, ya que la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable con igual significado, y en la misma medida de los órganos administrativos. Además, recogiendo lo señalado por STC 22/1990, de 15 de febrero (RTC 1990/22), no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que, ni el Instructor de un procedimiento administrativo sancionador, ni menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales (STC 14/1999, de 22 de febrero, RTC 1999/14).*

*Doctrina que ha de conectarse con la fijada en numerosas sentencias, de la que es exponente por ejemplo la STC 60/1995, de 17 de marzo, RTC 1995/60) que señala que «la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador, debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan sólo aquellos que, por asumir el Juez un juicio sobre la participación*

*del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral».*

Esta interpretación más laxa de la separación entre ambas funciones también se realiza por el Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia de 8 de octubre de 1999 (Ar. 7943) en la que se considera que no se ha vulnerado esta garantía, pues en modo alguno puede considerarse como actividad sancionadora la emisión de un informe en Derecho siendo cosas distintas la emisión de informes y la resolución sancionadora propiamente dicha, y ello aunque sea una irregularidad que informe el recurso de alzada el mismo instructor del expediente sancionador, pero en todo caso nos encontraríamos ante una irregularidad no invalidante. Pues como claramente señala la STS de 14 de julio de 1995 «el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías —y entre ellas la independencia e imparcialidad del juzgador— es una garantía del proceso penal que no se extiende al procedimiento administrativo».

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003 (Ar. 2656), se refiere al menor rigor del derecho a la objetividad e imparcialidad en el proceso administrativo que en el penal. La citada sentencia señala que:

*«El artículo 24.2 de nuestra Constitución, en sintonía con el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio. Como se declaró en la STC 60/1995, de 16 de marzo, «sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional». Esta garantía fundamental del proceso debido y de la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) reviste, si cabe, un mayor rigor ante pretensiones de condena, en las que la estricta observancia del principio de legalidad (SSTC 75/1984, de 27 de junio, 142/1997, de 15 de septiembre, y 162/1999, de 27 de septiembre) obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales (SSTC 225/1988, de 28 de noviembre, y 137/1997, de 21 de julio; Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982, caso Parsec, de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 20 de mayo de 1998 y caso Gautrin, entre otros).»*

*Resulta así evidente y claro el rechazo de las garantías de independencia e imparcialidad judiciales sostenidas en el derecho al juez ordinario del*

art. 24.1 CE al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, de modo que el trasvase de estas garantías, en este punto concreto habrá de hacerse con especial cautela y siempre respetando la propia naturaleza del procedimiento administrativo. Esta afirmación no es una cuestión baladí, sino que nace de la diferente naturaleza que frente a los destinatarios del procedimiento ostenta el procedimiento judicial y el administrativo. En el procedimiento administrativo la Administración actúa siempre conforme dispone el art. 103 de la CE, de manera que la imparcialidad con la que la Administración Pública está obligada a actuar en el procedimiento sancionador deriva no porque adopte la posición de «juez» entre las partes o tercero que tenga que dirimir un conflicto entre las partes de manera imparcial, sino porque está obligada en el ejercicio de sus potestades y en su actuación a servir con objetividad a los intereses generales, y esta objetividad supone adoptar una posición neutral en el ejercicio de su potestad, y esta imparcialidad que preside la actuación administrativa sancionadora no es exclusiva de ésta, sino de cualquier actuación pública, así pensemos por ejemplo en los institutos de la abstención y recusación y el fundamento de los mismos, que no es otro que la objetividad.»

No solo la jurisprudencia recoge esta fundamentación, también el legislador la ha tenido en cuenta y en la propia Exposición de Motivos del RPPS (cuyo art. 10, al referirse a los órganos competentes no es tan riguroso en la distinción entre órganos instructores y sancionadores como aparentemente lo es el art. 134.2 LRJAP) señala que la traslación del principio de imparcialidad a la sede administrativa requiere, para que constituya una verdadera garantía, que el concepto de órgano no sea asimilable al de órgano administrativo meramente organizativo y jerárquico que recogen algunas normas, sino que la capacidad de autoorganización que el art. 11 LRJAP reconoce a las Administraciones Públicas debe traducirse en el ámbito sancionador en una flexibilización al servicio de la objetividad. En consecuencia, el concepto de órgano que ejerce —iniciando, instruyendo o resolviendo— la potestad sancionadora resulta de la atribución de tales competencias a las unidades administrativas que, en el marco del procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora y a sus efectos, se constituyen en órganos, garantizándose que no concurren en el mismo las funciones de instrucción y resolución.

En definitiva, como señaló Bandrés Sánchez-Cruzat<sup>27</sup>, en un artículo publicado inmediatamente después de la entrada en vigor de la LRJAP, al legislador de 1992, teniendo en cuenta la jurisprudencia admi-

<sup>27</sup> Bandrés Sánchez-Cruzat. Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador.

nistrativista del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, le resulta indiferente atraer en la determinación de la autoridad competente, la garantía del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, aunque recoja del proceso penal el principio de la debida separación entre el juez instructor y el juez sentenciador para asegurar la imparcialidad del juicio (art. 134.2), que de forma menos tajante se ofrecía ya en la LPA. Así, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no parece adecuado desplegar, en nuestro sistema jurídico administrativo sancionador, los caracteres de independencia e imparcialidad que corresponden a los jueces para intentar asimilar o integrar un tribunal en los términos del art. 6 del Convenio de Roma, porque —como señala este autor— satisfecho el derecho al juez en el juicio revisor plenario de la actividad administrativa sancionadora por exigencia del art. 106 de la Constitución, es incompatible atribuir a la autoridad administrativa esa calidad, cuando, como se expresa en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo de 22 de octubre de 1984 (STEDH de 22 de octubre de 1984, caso Sramek), un órgano administrativo que ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, correspondiéndole decidir en base de normas jurídicas y conforme a un procedimiento preestablecido, no puede considerarse tribunal en sentido del Convenio cuando alguno de sus miembros se encuentren en posición de subordinación funcional y de servicio en relación con una de las partes, porque los litigantes pueden legítimamente dudar de la independencia de estas personas, lo que pone gravemente en causa la confianza que los tribunales deben inspirar en una sociedad democrática.

En definitiva, ante la duda que suscita el hecho de que la garantía de imparcialidad derive del trasvase de la misma desde el ámbito penal o de los propios principios generales aplicables a la actuación administrativa, parece que hemos de inclinarnos hacia esta segunda posibilidad, añadiendo que la garantía de imparcialidad deriva de la forma en que la Administración Pública ha de actuar en todo caso (art. 103 CE y 3.1 LRJAP), y no de que en el procedimiento sancionador adopte una posición de juez, sin perjuicio de que, en último extremo, la objetividad quede garantizada por el control que ejercen los Tribunales de justicia, donde los jueces por ejercer funciones jurisdiccionales, sí están sometidos a un principio de imparcialidad.

### 2.3. Garantía de preservación del objeto y finalidad del procedimiento sancionador: las medidas cautelares.

La existencia de un procedimiento administrativo sancionador justo y equitativo (tanto para el presunto responsable como para la



protección del interés general) exige que se recoja la posibilidad de que la Administración Pública pueda adoptar determinadas medidas cuyo objeto esté encaminado a garantizar el resultado último del procedimiento. Esto supone que la decisión que, en su caso, se adopte sobre las medidas cautelares ha de guardar un necesario equilibrio entre la finalidad garantista de las mismas y la proporcionalidad en su adopción, como medida de protección de los derechos del presunto responsable.

Establece el art. 136 LRJAP que «Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.» De la mera lectura de este artículo resultan tres aspectos esenciales entorno a la adopción de medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador:

Necesidad de previsión normativa para su adopción. En cuanto a esta cuestión, según Suay Rincón<sup>28</sup> una primera observación que merece el inciso de art. 136 al señalar «cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos» es su conexión con lo dispuesto en el art. 134, que parece habilitar a que por reglamento se prevean tales medidas provisionales. Sin embargo entiende que ello no es posible y que, en todo caso, se requiere una norma con rango legal. Las medidas provisionales comprometen el derecho fundamental a la presunción de inocencia (ar. 24.2 CE), en cuanto imponen una resolución gravosa y afflictiva al presunto infractor, antes de terminar el procedimiento sancionador y demostrarse su culpabilidad. Son posibles, pese a todo, las medidas provisionales; ahora bien, en todo caso requieren ciertas exigencias. Y la primera de ellas es la necesidad de una norma de rango legal, en cuanto que según el art. 53 de la Constitución sólo por Ley puede limitarse el ejercicio de derechos fundamentales, como el que reconoce el artículo 24.2.

— Necesidad de motivación.

— Finalidad garantista del procedimiento.

Del propio precepto se deduce la finalidad garantista de las medidas cautelares (por el riesgo de que la resolución que se dicte en su día sea ineficaz, *periculum in mora*), como especificación para este tipo de procedimientos de la regla general sobre medidas provisionales que se recoge en el art. 72 de la LRJAP. En definitiva, la adopción de

<sup>28</sup> SUAY RINCÓN, José, La potestad sancionadora de la Administración, ob. cit. pág. 223.

medidas cautelares en un procedimiento sancionador no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezcan por resolución fundada en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes (en este sentido la STS de 7 de febrero de 1996).

La adopción de estas medidas en el procedimiento sancionador suele implicar una restricción de derechos en aras a la consecución de una indispensable y eficaz garantía para los posibles perjudicados o para los intereses públicos, restricción que supone anticipar unos efectos sancionadores en contra del administrado en un momento en el que se mantiene intacta su presunción de inocencia, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han negado la existencia de este mecanismo de causa (medida cautelar)/ efecto (vulneración del art. 24.2 CE), ya que es perfectamente plausible una adecuación entre las finalidades buscadas con la efectividad de una determinada cautela y las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia.<sup>29</sup> En este sentido la STC 108/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984/108), citada por otras como las SSTS de 9 de mayo de 1991 y 5 de noviembre de 1992, señala que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en derecho, que cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso.

Pero además, existen ciertas cuestiones esenciales que el art. 136 no menciona expresamente. En primer lugar, conviene resaltar que las medidas provisionales tienen que ser proporcionadas a las infracciones realizadas, incluso hay alguna jurisprudencia que afirma que aquéllas tiene carácter excepcional. Por su propia naturaleza, las medidas cautelares han de ser proporcionadas, razonables y temporalmente limitadas como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1991, de 15 de abril. Además, las medidas cautelares son recurribles por sí mismas, pues aunque son actos de trámites y como tales, en principio, serían inimpugnables, sin embargo en la medida en que pueden producir indefensión, son susceptibles de recurso. Finalmente, son indemnizables, ya que si tras la tramitación oportuna se estima que no procede la sanción, se produce un daño imputable al funcionamiento de un servicio público, concurriendo el presupuesto para exigir la correspondiente indemnización, exigible

<sup>29</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, Ob. Cit. página 327.

conforme a lo dispuesto en los artículos 139 y concordantes de la LRJAP.

Especial interés merecen las medidas provisionales, que se adoptan incluso antes de la incoación del procedimiento y que en ese mismo momento habrán de levantarse o ratificarse (así se prevé en la Ley 34/1987, sobre ejercicio de la Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas en materia de juegos de suerte, envite o azar, o en la Ley 6/2001, de Juego de la Comunidad de Madrid, también en la normativa sanitaria...), en estos casos se adopta la medida y ni siquiera el interesado tiene conocimiento de la acusación, por tanto, la proporcionalidad de la medida habrá de observarse con especial cuidado.

#### 2.4. Garantía de motivación de la resolución sancionadora

La motivación constituye la manifestación o exteriorización de la razón del sentido del contenido del acto, o como señala la jurisprudencia, es un «instrumento que expresa la causa, motivo y fin de un acto administrativo y permite conocer los hechos y razones jurídicas que impulsan el actuar de quien emanan» (STS de 9 de marzo de 1998, Ar. 2294).

La motivación de cualquier acto administrativo persigue tres finalidades según expone Ayala Muñoz<sup>30</sup>:

- a) Constituye una garantía del derecho de defensa del interesado, de su derecho a la tutela efectiva de sus derechos e intereses, pues facilita al interesado todos los datos fácticos y jurídicos necesarios para que pueda decidir si considera o no conforme a derecho el acto administrativo y, en este sentido, si va a proceder o no a su impugnación. Como señala la STC 165/1993, de 18 de mayo (RTC 1993/165) «la exigencia de motivación suficiente es, sobre todo, una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución dada al caso es consecuencia de una exigencia racional del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad», con cita de otras muchas sentencias.
- b) Constituye un elemento necesario para mejor comprender y ejecutar el acto administrativo. Con cita de González Pérez, añade que la motivación permite determinar con mayor certeza

<sup>30</sup> AYALA MUÑOZ, José María, en la obra colectiva Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Aranzadi, segunda edición, pag. 362 y ss.

- za y exactitud el conocimiento de la voluntad manifestada, constituyendo un elemento interpretativo valiosísimo.
- c) La motivación permite que los órganos competentes puedan controlar la legalidad del acto administrativo y, en su caso, puedan discernir si el acto incurrió en arbitrariedad.

La garantía de motivación de las resoluciones sancionadoras deriva claramente de la obligación que recae sobre la Administración de motivar, con carácter general, sus actos administrativos dada su sujeción al principio de legalidad recogido genéricamente en el art. 103 CE y por su posición de servicio de los intereses públicos, que determina que exteriorice el fundamento de su voluntad. Además, como veremos en el último apartado, el control jurisdiccional de la actuación administrativa también alcanza a las resoluciones sancionadoras, de conformidad con lo dispuesto en el art. 106 CE, y para controlar esta actuación administrativa es esencial permitir al órgano judicial llegar al conocimiento último de las circunstancias y elementos tenidos en cuenta por la autoridad administrativa para dictar el acto sancionador.

Como expresa Bandrés Sánchez-Cruzat<sup>31</sup> «el instituto de la motivación de las resoluciones administrativas sancionadoras acoge en su función interna garantista de los derechos del presunto responsable el derecho a la presunción de inocencia, que exige se exprese en la resolución el juicio lógico de valoración de las pruebas de cargo, los principios de congruencia, que impide que la autoridad sancionadora se desligue de la acusación sostenida por el Instructor y concretizada en la propuesta de resolución, de prohibición de la reformatio in peius, que evita que en la resolución de los recursos administrativos se agrave la sanción, y del principio de proporcionalidad, que afirma la razonabilidad de la sanción impuesta».

Esta garantía del procedimiento, como concreción de la previsión genérica del art. 89 LRJAP, se recoge en el art. 138 LRJAP. Establece el art. 138 LRJAP, en el apartado 1 que «La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente» y añade el segundo apartado que «En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica».

La garantía de motivación de las resoluciones sancionadoras está fuera de toda duda, sin embargo, la fundamentación de esta garantía

<sup>31</sup> BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M. Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador en Cuadernos de Derecho Judicial año 1993. Consejo General del Poder Judicial.

puede ser de gran utilidad a la hora de determinar los efectos de la ausencia de motivación. Así, la calificación de la motivación de la resolución administrativa sancionadora como derecho fundamental del administrado o como mero requisito formal tiene indudable interés en cuanto a la apreciación de nulidad de pleno derecho del acto sancionador que quiebre este deber, ex art. 62.1 a) LRJAP o de su declaración de anulabilidad si da lugar a indefensión, de conformidad con el art. 63 LRJAP.

El reciente Auto del Tribunal Constitucional núm. 250/2004 de 12 julio de 2004 (RTC 2004/250 Auto) aborda la cuestión de la exigencia constitucional de la motivación de la resolución sancionadora, determinando que la falta de motivación de una resolución sancionadora no puede ser suplida por una resolución judicial que sustente «ex post» la decisión administrativa, pues una resolución judicial nunca puede venir a sustituir o a sanar la falta de motivación del acto administrativo; vulnerando, en otro caso, el derecho a la tutela judicial efectiva:

*«Este Tribunal ha afirmado la relevancia constitucional —y no sólo legal— del deber de motivar las resoluciones administrativas sancionadoras, motivación que cumple la función de constatar que la sanción impuesta constituye una proporcionada aplicación de una norma sancionadora previa y que resulta imprescindible en orden al adecuado control de la resolución en cuestión (STC 7/1998, de 13 de enero, F. 6). Después de lo expuesto antes acerca de la queja relativa al art. 25.1 CE no puede sino concluirse que la resolución sancionadora está motivada, tal y como, en el plano de la legalidad ordinaria, requieren los arts. 54.1 y 138.1 LRJ-PAC.»*

También la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1998 señala lo siguiente:

*«El derecho a la motivación de la resolución sancionadora es un derecho instrumental a través del cual se consigue la plena realización de las estantes garantías constitucionales que, como hemos visto, resultan aplicables al procedimiento administrativo sancionador (...). Lo que, en cualquier caso, debe tenerse en cuenta es la suficiencia de la motivación de las sanciones administrativas, al igual que la de cualquier otro tipo de resolución, no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que, como hemos desarrollado respecto de las judiciales, requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no con este requisito (STC 16/1993, 58/1993, 165/1993, 166/1993, 28/1994, 153/1995 y 46/1996).»*

## 2.5. Garantía de celeridad del procedimiento sancionador

El art. 24.2 CE, recoge el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que se traduce en el derecho a un juicio rápido, en el que el procesado sea oído en un plazo razonable. A la luz de este precepto, es preciso advertir que, con carácter general, esta previsión se viene entendiendo para los procedimientos judiciales en términos relativos, ponderando todos los factores que concurren en cada concreto procedimiento judicial. En este sentido, ya existe una clara jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>32</sup>, que establece, en primer lugar, que si bien la prescripción constitucional significa la constitucionalización del derecho en todos los órdenes jurisdiccionales, no implica un derecho a que se cumplan los plazos, sino un derecho a que la causa se resuelva en un plazo razonable y, en segundo lugar, el examen de la complejidad del litigio, la conducta del litigante y la de las autoridades y las consecuencias del litigio presuntamente dirimido que se siguen para ellos son los criterios a tener en cuenta para determinar la razonabilidad del plazo; no obstante, parece indudable que estas exigencias habrán de ser observadas con mayor rigor cuando estemos en presencia de un proceso penal<sup>33</sup>.

La cuestión, en el marco del procedimiento administrativo sancionador, nos lleva a plantearnos si existe un derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o a obtener una resolución en plazo razonable, como prefiere denominarlo González Pérez. Señala este autor que este derecho que ya había sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias, STC 24/1981, de 14 de julio (RTC 1981/24):

<sup>32</sup> Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Zimmermann y Steiner y en el caso Buchholz.

Es en este sentido en el que se manifiesta la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al establecer en su artículo 6, número 1, que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...». A su vez, este plazo razonable fue interpretado por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre primeramente para los procesos penales (asuntos Neumeister y Ringelsen) y posteriormente extendido para los procedimientos ante las jurisdicciones administrativas (caso König), en el sentido de que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe apreciarse según las circunstancias de cada caso y teniendo en cuenta fundamentalmente «la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente y la forma en que el asunto haya sido llevado por las autoridades administrativas y judiciales» (Cour Eur. D. H., Affaire König, décision du 23 avril 1977, série A, núm. 27, p. 34).

<sup>33</sup> En este sentido GARCÍA MORILLO, J. en la obra colectiva Manual de Derecho Constitucional, vol. I, 6ª edición. Tirant lo Blanch, página 368.

«A este respecto conviene recordar que este mismo Tribunal, en su sentencia de 22 de abril de 1981, dictada en el recurso de amparo 202/1980 (RTC 1981\13) señalaba como el artículo 24 de la Constitución supone no sólo que todas las personas tienen derecho al acceso a los Tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también que dichas personas tienen derecho a «obtener una tutela efectiva» de dichos Tribunales, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. La tutela efectiva supone que los recurrentes sean oídos y tengan derecho a una decisión fundada en derecho, ya sea favorable o adversa.

Este derecho a la jurisdicción reconocido en el párrafo número 1 del mencionado artículo 24 no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por éstos dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales lo viene a consagrar el párrafo número 2 del mismo artículo 24 de la Constitución al hablar de «un proceso público sin dilaciones indebidas», y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión solo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso.»

Entendemos que resulta dudosa la extensión de este derecho al ámbito del derecho administrativo sancionador. Se trata de un derecho propio del ámbito jurisdiccional cuya asunción en el ámbito administrativo sancionador, configurado como el derecho a un procedimiento administrativo sancionador sin dilaciones indebidas, con el carácter de derecho fundamental no parece adecuado, pues supondría elevar a la categoría de derecho fundamental a los principios administrativos de economía procesal, celeridad, eficacia y eficiencia en el actuar administrativo. Además, como garantía de los administrados, la tardanza en la resolución de un procedimiento sancionador no tiene los mismos efectos que en el ámbito jurisdiccional.

Indudablemente, la no consideración como derecho fundamental en el procedimiento sancionador del principio constitucional de celeridad reconocido en el art. 24.2 CE no impide que se arbitren en el ámbito del procedimiento administrativo mecanismos que garanticen este principio que ha de marcar la actuación administrativa de conformidad con lo dispuesto en el art. 103 CE y 9.3 de la CE, como ya señalábamos al comienzo de nuestra exposición.

Así, la garantía de celeridad en el proceso administrativo sancionador, podemos vincularla a distintas instituciones jurídicas que coadyuvan a su consecución, como son la caducidad, la prescripción, la posibilidad de procedimientos abreviados o simplificados en determinados supuestos (a los que ya hemos hecho referencia en el punto 2 de esta exposición), la razonabilidad en la adopción de medidas cautelares, los supuestos de suspensión de la tramitación de los procedimientos administrativos, o la genérica previsión de celeridad del art. 75 LRJAP, medidas todas ellas que enlazan con la idea de eficacia y eficiencia en la actuación administrativa del artículo 103 CE, pero siempre dentro del marco de la seguridad jurídica.

Por su importancia, y aunque sea de forma somera, merecen ser destacadas dos instituciones que tienen gran incidencia dentro del procedimiento administrativo sancionador: la caducidad y la prescripción.

En cuanto a la caducidad de los procedimientos, ésta implica que la Administración está obligada a tramitar y resolver dentro de un plazo concreto por razones de seguridad jurídica. Constituye doctrina jurisprudencial pacífica, que la existencia de los plazos de caducidad obedece a exigencias de la seguridad jurídica, que se impone aún en detrimento de la justicia material y que la caducidad del procedimiento está en función del plazo en que la Administración debió resolver<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de julio de 2003 (JUR 2003/260363):

«Constituye doctrina jurisprudencial pacífica, expresada, entre otras en las sentencias del TS de 11-11-1996, 8-4-1998, 5-10-1998, 24-7-1992, 21-3-2000 y 15-11-2000, que la existencia de los plazos de caducidad obedece a exigencias de la seguridad jurídica, que se impone aún en detrimento de la justicia material y que la caducidad del procedimiento está en función del plazo en que la Administración debió resolver.

La ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, guarda silencio sobre dicho plazo en los preceptos que dedica a la potestad sancionadora, si bien, el art. 42, al tiempo que en su apartado 1 impone a la Administración la obligación de dictar resolución expresa y notificarla en todos los procedimientos, cualquiera que sea su forma de iniciación, dispone en sus apartados 2 y 3 que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado en la norma reguladora del procedimiento, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses, salvo que se establezca uno mayor en una norma con rango de Ley o así venga previsto en una norma comunitaria europea, así como que, cuando las normas reguladoras del procedimiento no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses, estableciendo, por último, que en los procedimientos iniciados de oficio el plazo máximo para resolver se contará desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Es de tener en cuenta que en el caso presente, ha de estimarse que el citado plazo es el de seis meses, establecido en el art. 20.6 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

De otra parte, según lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, redactado conforme a la Ley 4/1999, de 13 de enero, se producirá la caducidad de los procedimientos sancionadores por el vencimiento del plazo máximo para su tramitación sin

Establece el art. 44 de la LRJAP, modificada por la Ley 4/1999, que en los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver. Además, en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, se producirá la caducidad y en estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el art. 92 de la citada norma legal. Para que se produzca la caducidad de un expediente sancionador, que siempre es un procedimiento iniciado de oficio, es necesario que desde la fecha del acuerdo de iniciación hasta la notificación de la resolución expresa no se supere el plazo máximo fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, plazo que no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en la normativa comunitaria europea (art. 42.2 y 3 LRJAP y Disposición transitoria primera).

También la prescripción, tanto de las infracciones como de las sanciones coadyuva a la eficacia en la actuación administrativa sancionadora, determinando, en su caso, la extinción de la infracción o de la sanción. Señala Palma de Teso<sup>35</sup> que en el derecho administrativo sancionador la prescripción tiene un doble fundamento. Desde la perspectiva del ciudadano, la prescripción constituye una garantía que trae causa del principio de seguridad jurídica y se traduce en la exigencia de una cierta continuidad temporal entre la comisión de la infracción y la imposición de la sanción, el presunto infractor debe conocer con certeza hasta qué momento es perseguible el ilícito cometido. Por otra parte, desde la perspectiva de la Administración, la prescripción es una exigencia del principio de eficacia administrativa; por un lado, las consecuencias que comporta la prescripción tendrían un cierto efecto de prevención de la inactividad o falta de ejercicio de la potestad sancionadora; por otro lado, con el transcurso del tiempo disminuyen las posibilidades de actuar con éxito la potestad sancionadora.

que se haya dictado y notificado resolución expresa, salvo que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, en cuyo caso se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución. Cumple, por último, significar que, según establecen los preceptos citados, la caducidad del procedimiento no exime a la Administración de resolver y notificar lo resuelto, que, en tal supuesto, consistirá en su declaración con indicación de los hechos producidos y de las normas aplicables y se ordenará el archivo del expediente.»

<sup>35</sup> Palma de Teso, Ángeles de, «Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción». Revista Española de Derecho Administrativo n.º 112, Octubre-diciembre 2001.

En este sentido, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2003 (Ar. 4602) al establecer que:

«El artículo 92.3 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre diáfananamente dispone que la caducidad de un expediente sancionador, no produce por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, así como que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción.

Este precepto es categórico y en modo alguno es antagónico al artículo 44.2 de la misma Ley, que se limita a expresar que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, lo que en absoluto pueda entenderse tal archivo, como causa impeditiva de la apertura de nuevo expediente sobre el mismo objeto, si la infracción no ha prescrito, toda vez que este último precepto remite a los efectos previstos en el artículo 92 cuando se declare la caducidad ordenando el archivo de las actuaciones, y así es reconocido, entre muchas otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 y 17 de abril de 2002.»

Tras esta argumentación, estima el recurso de casación en interés de Ley y fija la siguiente doctrina legal: «La declaración de caducidad y archivo de actuaciones establecidas para procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras, artículo 44.2 de la Ley 30/92 no extinguen la acción de la Administración para ejercitar las potestades aludidas en ese precepto, siéndoles plenamente aplicable el artículo 92.3 de la misma Ley».

Finalmente, y en relación con la controversia que durante mucho tiempo se suscitó entre el criterio del Tribunal Supremo y el de algunos Tribunales Superiores de Justicia respecto a si cabía plantearse la prescripción de la infracción o del derecho de la Administración para sancionar en el caso de que durante la tramitación del recurso de alzada, y sin que éste se resolviera, transcurriera el plazo previsto para tener por prescrita aquella, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 25 de abril de 2005), por la que se fija la siguiente doctrina legal y zanja esta cuestión, conforme al criterio mantenido invariablemente por el más Alto Tribunal: «El límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y con su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía de recurso». Indudablemente, el Tribunal Supremo deja claro

que la vía de recurso no es una prolongación del expediente administrativo, sino que debe considerarse como una vía de control interna de dicho procedimiento administrativo sancionador, bien diferenciado de aquel.

### 3. GARANTÍAS DEL PRESUNTO RESPONSABLE

Las garantías del presunto responsable en el procedimiento administrativo sancionador pueden resumirse en una única expresión: *garantizar el derecho de defensa del presunto responsable*, que a su vez se materializa en una serie de derechos instrumentales como son el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y el derecho a la presunción de inocencia, cuya única finalidad es asegurar la contradicción en el procedimiento y evitar la indefensión del presunto infractor. Es en este marco donde necesariamente tenemos que acudir a la doctrina constitucional para determinar el alcance de estos derechos y concretar cómo se produce el trasvase de las garantías propias del derecho procesal penal al ámbito administrativo sancionador, sin perjuicio de los enunciados que contiene la propia LRJAP. Más aún, incluso en el texto del Tratado de la Constitución Europea, art. II-8 se recoge expresamente, al garantizar a todo acusado el respeto de los derechos de defensa, en el mismo sentido que establecía el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales.

La finalidad que se pretende con estos derechos instrumentales es, en última instancia, evitar la indefensión, situación que se produce cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni la trascendencia de las facultades de defensa (así la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000, Ar. 2894).

Esta garantía del derecho de defensa no queda en un mero enunciado, sino que, como ya hemos señalado, se articula a través de una serie de derechos instrumentales que la doctrina constitucional se ha preocupado de destacar, algunos de los cuales han sido recogidos expresamente por el legislador ordinario al regular el procedimiento administrativo sancionador. En definitiva, resume muy bien todos estos derechos instrumentales que giran entorno al derecho de defensa la STC 89/1995, de 6 de junio de 1995, en su Fundamento Jurídico 4º, (RTC 1995/89):

«... constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así, por ejemplo, sentencias del ETD de 8 de junio de 1976 —asunto Engel y otros—, de 21 de febrero de 1984 —asunto Öztürk—, de 28 de junio de 1984 —asunto Cambell y Fell—, de 22 de mayo de 1990 —asunto Weber—, de 27 de agosto de 1991 —asunto Demicoli—, de 24 de febrero de 1994—, asunto Bendenoun—), la de que los principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987 y 29/1989), y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990 y 138/1990), derechos fundamentales todos ellos que han sido incorporados por el legislador a la normativa reguladora del procedimiento administrativo común (Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; e incluso garantías que la Constitución no impone en la esfera de la punición administrativa —tales como, por ejemplo, la del derecho al «Juez imparcial» (SSTC 22/1990 y 76/1990) o la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 26/1994)—, también han sido adoptadas en alguna medida por la legislación ordinaria, aproximando al máximo posible el procedimiento administrativo sancionador al proceso penal.»

Más recientemente, en el mismo sentido, la STC 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004/74), al afirmar que:

«Partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24 CE. Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable al caso con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad

de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba».

Para sistematizar de algún modo el estudio de estas garantías, vamos a hacer la siguiente clasificación, que esencialmente parte del orden que establece en su regulación la LRJAP, a la que hemos añadido otros derechos que merecen ser analizados siquiera someramente:

3.1. Derecho a la presunción de inocencia, a partir del estudio del art. 137 LRJAP.

3.2. Derecho a intervenir en el procedimiento sancionador con conocimiento de la imputación y con empleo de los medios de defensa, recogidos en el art. 135 LRJAP, que además menciona otros derechos del presunto responsable.

3.3. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

El posible derecho a la doble instancia

### 3.1. Derecho a la presunción de inocencia

Entre los derechos del presunto responsable, el más importante es el derecho a la presunción de inocencia, que supone la traslación al ámbito sancionador del principio reconocido en el art. 24 de la Constitución —*in dubio pro reo*— y que ha dado lugar a abundantísima jurisprudencia.

El art. 137 de la LRJAP, bajo la rúbrica «Presunción de inocencia» establece lo siguiente:

«1. Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

2. Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

3. Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

4. Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.»

Según Suay Rincón<sup>36</sup>, el art. 137 reconoce específicamente el derecho a la presunción de inocencia, que es el derecho más importante del ciudadano en el procedimiento sancionador. Así, el citado artículo lo proclama con carácter general, de modo que no cabe sanción sin prueba y en todo caso se requiere una prueba para poder sancionar. De lo contrario prevalece la presunción de inocencia, derecho constitucional tal como tiene afirmado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional. Esto conduce inmediatamente a plantearse el valor de las actas de inspección, actuaciones practicadas antes de iniciarse el expediente sancionador y que tradicionalmente han tenido atribuida presunción de veracidad, de modo que los hechos se tienen por ciertos, a menos que se demuestre lo contrario, como veremos a continuación.

La sistematización que el propio precepto de la LRJAP hace sobre la presunción de inocencia permite distinguir los siguientes apartados:

- a) Derecho a la presunción de inocencia, art. 137.1
- b) Vinculación para las Administraciones Públicas de los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme, art. 137.2
- c) Presunción de veracidad de las actas administrativas, art. 137.3
- d) Práctica de pruebas necesarias para poder sancionar, art. 137.4

#### a) Derecho a la presunción de inocencia

Este derecho del presunto infractor obliga a la Administración que ejercita la potestad sancionadora, a probar, de forma absolutamente suficiente<sup>37</sup>, la comisión de la infracción y la identidad del infractor.

<sup>36</sup> Op. cit. pag. 222.

<sup>37</sup> Señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de junio de 2003 (Ar. 97722) que el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 76/1990, 120/1994,

Como señala la STC 74/2004, de 22 de abril (RTC 2004/74), en su fundamento de derecho cuarto, con cita en otras anteriores como las SSTC 76/1990, de 26 de abril y 169/1998, de 21 de julio:

*«según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas..., pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones».*

Así, en nuestro Derecho, la presunción de inocencia se viene considerando como un derecho fundamental, y por ende, derecho de aplicación directa e inmediata y cuyo contenido vincula la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 CE), correspondiendo su titularidad al presunto responsable o sujeto pasivo del procedimiento administrativo sancionador.

El contenido esencial de este derecho hay que buscarlo en los numerosos pronunciamientos que la doctrina constitucional ha realizado sobre el mismo, y al respecto podemos señalar que el derecho a la presunción de inocencia comporta lo siguiente (en concreto, seguimos lo establecido en la STC 74/2004 y STC 117/2002, de 20 de mayo; STC 76/1990, de 26 de abril y 169/1998, de 21 de julio):

- Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada;
- Que la carga de la prueba corresponda a quine acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia,
- Y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

En definitiva, lo que exige este derecho es que en el procedimiento administrativo sancionador exista un acervo probatorio suficiente — en términos de la STC 117/2002, de 20 de mayo, citando a la STC 17/2002—, recayendo sobre la Administración Pública la carga proba-

154/1994, 23/1995, 97/1995, 14/1997, 45/1997) implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración (SSTC 197/1995, 45/1997).

toría tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una «probatio diabólica» de los hechos negativos. También en el mismo sentido, la STC 123/1997, de 1 de julio (RTC 1997/123), condensa el contenido esencial de ese derecho, si bien referido al proceso penal, debiendo hacer la traslación del contenido al ámbito administrativo sancionador con moderación:

*«En tal sentido, hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias:*

*A) La carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica de los hechos negativos.*

*B) Sólo debe entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad.*

*C) De dicha regla general sólo han de exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.*

*D) La valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración (SSTC 76/1990, 138/1991 y 102/1994).*

*De acuerdo en este sentido con la citada doctrina reiteradísima y constante de este Tribunal, la presunción de inocencia, reconocida como ha quedado dicho en el art. 24.2 de la Constitución, tiene su fundamento en dos conceptos de carácter previo: el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde de manera efectiva a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 CE, y en segundo término, que la sentencia condenatoria ha de fundamentarse en auténticos actos de prueba, debiendo ser la prueba practicada suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado (STC 32/1995, con cita análoga de otras resoluciones posteriores).»*



**b) Vinculación de las Administraciones Públicas por los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme.**

Para Suay Rincón<sup>38</sup> el contenido de este apartado en realidad es el núcleo mínimo del principio «no bis in idem», añadiendo que, por esta razón, desde el punto de vista de técnica legislativa, debería figurar como un apartado segundo del art. 133 y no dentro de la presunción de inocencia, porque si algo prohíbe rigurosamente el principio non bis in idem es que unos mismos hechos puedan existir y dejar de existir para órganos diferentes del Estado.

Esta vinculación administrativa a los hechos probados en el proceso penal ya había sido apreciada por la jurisprudencia aun antes de la LRJAP. Así, en la STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983/77), ya se señalaba lo siguiente:

*«La sentencia de este Tribunal de 30 de enero de 1981 reconoce el principio llamado de «non bis in idem», íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el artículo 25 de la Constitución. El principio «non bis in idem» determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.*

*Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia, que es la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe «a posteriori» el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y*

<sup>38</sup> Ob. cit. pág. 223.

*viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto».*

**c) Presunción de veracidad de las actas administrativas**

La presunción de certeza y presunción de veracidad de las actas a que alude el art. 137.3 LRJAP implica que la Administración queda relevada de justificar los hechos imputados al presunto infractor, es decir, que se está ante una mera presunción iuris tantum, que podrá ser destruída mediante prueba en contrario: *«Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.»*<sup>39</sup>

Según Garberí Llobregat, no es una auténtica presunción probatoria en sentido técnico —pues de su utilización no se infieren resultados fácticos acreditativos que sean consecuencia de la demostración de otros diferentes hechos, base o antecedente de los anteriores— sino que se trata de una prueba documental privilegiada; de manera que se otorga legalmente al contenido de determinados documentos la virtualidad de fundamentar por sí solos una resolución administrativa sancionadora, siempre que dicho contenido no sea desvirtuado por otros resultados probatorios de signo contrario.

Permite a la Administración cumplimentar la carga de los hechos constitutivos de infracción y de la responsabilidad penal administrativa, es decir, no produce una dispensa probatoria sino una auténtica inversión de la carga de la prueba. Por ello declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991 que *«atribuye a las actas de la inspección valor y fuerza probatoria, salvo prueba en contrario, lo que supone una inversión de la carga de la prueba y la atribución al sujeto pasivo del acta de la de desvirtuar su contenido con pruebas adecuadas.»*

Pero es preciso ahondar aún más en la interpretación de la denominada «presunción de veracidad y certeza de las actas», para conocer su verdadera eficacia. Para examinar su alcance general, acudimos al examen que la jurisprudencia hace sobre el valor de las actas de la Inspección de Trabajo, desglosando al efecto el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2001, que cita y

<sup>39</sup> También en la legislación sectorial se reitera lo dispuesto en el art. 137.3 LRJAP, así en el art. 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social o el art. 37 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

recoge la doctrina constitucional sobre la materia (sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, 23/1995 y 169/1998). Así, en cuanto a la naturaleza, requisitos y efectos destacamos lo siguiente:

- El valor probatorio de las actas elaboradas por los servicios administrativos de inspección, con el alcance que le otorga la jurisprudencia, puede ser eficaz para enervar el derecho a la presunción de inocencia, pues no debe confundirse la presunción de validez de los actos administrativos con aquélla, siempre que la actuación administrativa pueda ser revisada por los órganos jurisdiccionales.
- La traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador perfila su alcance, y sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno.
- Lo que exige el respeto a los derechos que declara el art. 24 de la Constitución no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria.
- En vía judicial, las actas de la Inspección administrativa incorporadas al expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas.
- Las actas de la Inspección de Trabajo pueden constituir un medio de prueba susceptible de lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada, y por ello resultan idóneos para ser acreditados con tal medio probatorio, y no se trate de una mera estimación no documentada por la Administración en el expediente, pudiendo serlo (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997, 16 de enero de 1998, 6 de marzo de 1998, 8 de junio de 1998 y 5 de diciembre de 1998).
- Ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias.

- En definitiva, la presunción de veracidad de las actas no supone, estrictamente, que se invierta la carga de la prueba, sino la necesidad de actuar contra el medio de prueba aportado por la Administración.

Finalmente, recordemos que la presunción se extiende a los hechos consignados en el acta por funcionarios con la condición de autoridad<sup>40</sup> y con el cumplimiento de los requisitos formales exigibles y sobre hechos directamente apreciados por el funcionario actuante, quedando excluidos del ámbito de la presunción de veracidad los hechos presuntos, que no hayan sido directamente apreciados por el inspector actuante, sino obtenidos, inferidos o deducidos sobre la base de presunciones, indicios o conjeturas, y tampoco se extiende a las calificaciones jurídicas ni a los juicios de valor o apreciaciones subjetiva del funcionario.

#### d) La necesidad de prueba para sancionar y su valoración

Como ya hemos señalado, toda sanción, penal o administrativa, ha de estar sustentada en una actividad probatoria de cargo o incriminadora de la conducta ilícita reprochada, de forma que el derecho queda lesionado cuando la condena no se fundamenta en dicha previa actitud probatoria.

Puede ser una prueba mínima o amplia, pero en todo caso «prueba de cargo o incriminadora», que sea suficiente para evidenciar a la autoridad decisorá la existencia de los hechos ilícitos imputados y la responsabilidad del sujeto pasivo de la imputación por su participación en los mismos. Por tanto, los dos extremos que hay que acreditar para imponer la sanción son «hechos» y «responsabilidad del inculpa-do» como señala la Ley y reiteradamente recogen las sentencias del Tribunal Supremo (como las de 17 octubre de 1994 ó 26 de enero de 1996) de manera que si se impone la sanción sin acreditarse alguno de estos extremos, adolecería de nulidad radical, ex art. 62.1.a) de la LRJAP.

<sup>40</sup> Señala Garberí Llobregat, que parece que el art. 137.3 LRJAP quiere aludir a la imposibilidad de que cualquier documento suscrito por un individuo que mantenga una relación de tipo funcional con la Administración pueda beneficiarse de la presunción. Parece que requiere que las actas estén suscritas por aquel funcionario que lo sean y que, además, se encuentren expresamente habilitados para ejercitar esas funciones de inspección o constatación de hechos en los órganos administrativos a los que pertenezcan. Por ejemplo, se planteó la cuestión de si a los documentos suscritos por los controladores laborales, en el ejercicio de funciones de inspección, podía o no atribuírseles la presunción, afirmando la jurisprudencia que sí, siempre que los órganos inspectores asumieran como propio el contenido del acta (STS de 1 de diciembre de 1988).

En cuanto a la valoración sobre el resultado probatorio que ha de realizar la autoridad decisora, en principio rige el criterio de libre valoración de la prueba, sin perjuicio de que esto no pueda ser entendido como arbitrariedad sino que la valoración ha de ajustarse a criterios lógicos y racionales, salvo en el caso de los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme, que sí vinculan a la Administración. No obstante, dada la relevancia de esta cuestión, volveremos sobre la prueba y su valoración en el examen del art. 135 LRJAP. Como señala Garberí LLobregat, en el derecho administrativo sancionador, aunque falte un enunciado expreso en la LRJAP, rige el mismo sistema de valoración vigente en el derecho penal (art. 741 LeCR), el sistema de libre valoración de la prueba por parte de la autoridad decisora que, mediante la apreciación en conciencia de los resultados probatorios, sujetará su deducción a las reglas de la sana crítica, de la lógica o del criterio racional (STS 2 de noviembre de 1990, STC 341/1993, de 18 de noviembre), sin perjuicio de que la actividad pueda ser controlada jurisdiccionalmente, sin perjuicio de la excepción que acoge el sistema de prueba tasada o legal establecido en el art. 137.2, según el cual por imperativo legal la declaración judicial de los hechos probados en un proceso penal «vinculará» a la Administración.

### 3.2. Derecho a intervenir en el procedimiento sancionador con conocimiento de la imputación y con empleo de los medios de defensa

Este derecho se recoge genéricamente en el art. 135 LRJAP, desdoblándose en diversas garantías, al establecerse expresamente que: «Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

a) A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

b) A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.

Los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de esta Ley».

a) En primer lugar, se le reconoce al presunto responsable el **derecho a la información** de aquellas cuestiones esenciales del procedi-

miento, que le permitirán llevar a cabo en la práctica su derecho de defensa, y que son una consecuencia necesaria de la traslación de las garantías propias del derecho penal al ámbito administrativo sancionador; conforme al art. 135 LRJAP, el presunto responsable tiene derecho a «ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia».

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2002, de 20 de mayo (RTC 2002/117):

«Por lo que respecta a la doctrina constitucional atinente al derecho fundamental a ser informado de la acusación, proclamado en el art. 24.2 CE, este Tribunal ha hecho especial hincapié en el contenido normativo complejo que encierra, pues junto al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del «ius puniendo» del Estado la razón de ello, presupone la existencia de la acusación misma y es, a su vez, instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse (por todas, SSTC 19/2000, de 31 de enero, F. 4, y 278/2000, de 27 de noviembre, F. 14).

(...) En conclusión, como ya señaláramos en la STC 225/1997, de 15 de diciembre, F. 4 «in fine», y hemos reiterado nuevamente en la mencionada STC 4/2002, F. 3, «desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que «de facto» no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. La homogeneidad entre la acusación y la condena es, sobre todo, un instrumento útil, extraordinariamente útil, si se quiere, para enjuiciar la posibilidad real de debate». Finalmente, importa advertir que la traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimiento establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y

*decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento (STC 56/1998, de 16 de marzo, F. 4, aquí por referencia al derecho a la prueba).»*

Claramente, dentro de los distintos aspectos que abarca el derecho a ser informado, cabe diferenciar dos esferas, la primera comprende el derecho de ser informado de los términos de la acusación, (hechos, infracciones y sanciones) y por otra parte, otros aspectos que no integrarían el derecho a ser informado de la acusación en los términos del art. 24.2 CE, como son el derecho a ser informado de la identidad del instructor, autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya esta competencia.

Define Garberí Llobregat<sup>41</sup> el «derecho a ser informado de la acusación» como un derecho subjetivo fundamental, instrumental del derecho de defensa, del que son titulares los sujetos pasivos del procedimiento sancionador y que confiere a los mismos el derecho a conocer, con carácter previo a las fases de alegación y prueba, el contenido de la acusación dirigida frente a ellos, vinculando dicho contenido a la autoridad decisora, la cual habrá de fundamentar la resolución definitiva del procedimiento en la misma acusación, sin que resulte posible imponer una sanción en base a otros hechos distintos o a un título de condena heterogéneo a los respectivamente trasladados al conocimiento del inculpado. Recordando, además que, al ser un derecho fundamental de él son predicables todas las consecuencias derivadas de tal calificativo (aplicación directa e inmediata, eficacia derogatoria de todas las normas de la legislación ordinaria anterior que fueran contrarias al mismo, vinculación a todos los poderes públicos...) y en especial, la consistente en su tutela reforzada —ordinaria y, subsidiariamente, constitucional— ex art. 53.2 CE; y a los efectos que aquí interesan, esta naturaleza jurídica determina que la resolución administrativa que lo vulnere o restrinja adolezca del vicio de nulidad de pleno derecho que establece el art. 62.1 a) LRJAP.

El Tribunal Supremo<sup>42</sup> ha sido claro al reconocer este derecho, aunque las dudas se plantean en relación con el momento en que el

<sup>41</sup> Ob. Cit. pag. 234.

<sup>42</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2000 señala que «el derecho a la información de la acusación se cumple cuanto consta acreditado que la parte actora conocía los hechos y sin que el conocimiento de la denuncia, como indica la STC número 192/1997, constituya una exigencia constitucional, salvo que se pretenda utilizar como material probatorio de cargo, en cuyo caso vendrá sometida al régimen de acceso a los medios de prueba que puedan corresponder al sancionado, circunstancia que no concurre en la cuestión examinada.» Por otra parte, las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1996 y 9 de octubre de 2000 recogen como derecho del presunto responsable el

presunto responsable ha de ser informado y en relación con los efectos de la falta de información de los distintos extremos recogidos, puesto que, como hemos señalado anteriormente, no parece que afecte del mismo modo al derecho a la defensa del encartado el hecho de desconocer los hechos que se le imputan que el desconocimiento de la norma que atribuya la competencia para imponer la sanción, cuestiones que la jurisprudencia ha resuelto en cada caso concreto teniendo como marco para ello la garantía del derecho a la defensa del presunto responsable, pues uno supondría vulnerar un derecho fundamental y el segundo implicaría un defecto o vicio de carácter formal.

Gran importancia tiene el reconocimiento del derecho a que se le notifique al presunto responsable la propuesta de resolución y en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000 (Ar. 8159), señala lo siguiente:

*“En conclusión, cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación, que con categoría de derecho fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso».*

Y finalmente, sobre la relevancia que puede tener desde la perspectiva constitucional los defectos en la notificación o emplazamiento de cualquier acto administrativo y en particular, del acuerdo de incoación del procedimiento administrativo para garantizar la posibilidad de defensa del imputado, la doctrina constitucional establece (STC 54/2003, de 24 de marzo de 2003 y STC 291/2000, de 30 de abril), la necesidad de que la Administración emplaze a todos los interesados siempre que ello sea factible, por ser conocidos e identificables a partir de los datos que se deduzcan u obren en el expediente administra-

derecho a que se le notifique la propuesta de resolución, como garantía del art. 24.2 de la Constitución. También la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1986, de 6 de febrero, se refiere al valor de la propuesta de resolución y las condiciones para su alteración.

tivo, debiendo concurrir los siguientes requisitos para que revista relevancia constitucional la falta de emplazamiento personal:

— en primer lugar, que el no emplazado tenga un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte;

— en segundo lugar, que el no emplazado personalmente haya padecido una situación de indefensión a pesar de haber mantenido una actitud diligente;

— y, por último, que el interesado pueda ser identificado a partir de los datos que obren en el expediente

**b) En cuanto al derecho a formular alegaciones**, supone la concreción de lo dispuesto en el art. 35 e) y art. 79 de la LRJAP, que permiten que los interesados, en cualquier momento anterior al trámite de audiencia puedan aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución. En este sentido, apunta García Gómez de Mercado<sup>43</sup> que con el derecho a formular alegaciones se cumple el principio fundamental de que «nadie puede ser condenado sin ser oído», lo que excluye las sanciones de plano, proscritas expresamente por el art. 134.3 de la LRJAP.

**c) El derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico** supone reconocer el derecho a proponer las pruebas que se estimen convenientes y que las mismas sean practicadas dentro del procedimiento sancionador. Este apartado ha de abordarse desde la exposición que se recoge en el comentario al art. 137 LRJAP.

Con carácter general, la admisión o inadmisión de las pruebas propuestas corresponde al instructor del expediente quien, de forma motivada, podrá desestimar su práctica y acordar aquellas que estime oportunas aunque no hubieran sido propuestas por la parte, es decir, practicarlas de oficio, sin que ello suponga menoscabo alguno del derecho a la defensa del presunto responsable.

Ha sido la doctrina constitucional la que se ha referido a aquellos supuestos en que la denegación de la prueba tiene relevancia y supone vulneración del derecho fundamental. En este sentido, traemos a colación la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2004, (STC 2004/74), que con cita de otras muchas sentencias

<sup>43</sup> Ob. Cit. Pág. 169

como la STC 165/2001, de 16 de julio o 168/2002, de 30 de septiembre, señala lo siguiente sobre el derecho fundamental a la actividad probatoria:

*«a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi.*

*b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento.*

*c) Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal sólo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial.*

*d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea «decisiva en términos de defensa». A tal efecto, señala el Tribunal Constitucional que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo.*

e) *La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas; y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo.»*

#### d) Otros derechos que le corresponden como administrado

El art. 135 in fine de la LRJAP reconoce al presunto responsable «los demás derechos del art. 35 de la Ley», completando así el catálogo de derechos que ostenta. Son los derechos generales de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas que se recogen en las letras a) a k) del precitado artículo, por lo que no vamos a detenernos en su análisis.

No obstante, podemos destacar por su relevancia en el procedimiento administrativo sancionador, el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la condición de interesado y obtener copias de los documentos contenidos en ellos (art. 35 a) LRJAP y art. 3 RPPS) y el derecho a formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución (art. 71 y 79 de la LRJAP) o el derecho a la identificación de las autoridades y del personal bajo cuya responsabilidad se tramita el procedimiento. Con este fin, en el acuerdo de incoación se debe indicar el nombre del instructor o jefe de la unidad instructora, así como del secretario en su caso, garantizándose así la imparcialidad del procedimiento (art. 35 b) LRJAP y 13 c) RPPS).

### 3.3. Derecho a no declarar contra sí mismo y derecho a no declararse culpable

El derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho a no declararse culpable tienen rango constitucional al estar recogidos en el artí-

culo 24.2 de la Norma Fundamental, por tanto resultan de aplicación al ámbito penal y también se produce su traslación al derecho administrativo sancionador, debiendo delimitarse cómo se produce esta traslación. No obstante, que no se haga mención de estos derechos en todo el Título IX de la LRJAP resulta, en el mejor de los casos, llamativo, aunque pueden considerarse incluidos dentro del derecho a la defensa, pues en este marco ha de apreciarse la inactividad del presunto responsable al no declarar contra sí mismo o no declararse culpable, cuyo silencio no puede equipararse a prueba de su culpabilidad sino todo lo contrario, y enlaza con la presunción de inocencia.

Sobre este particular se pronuncian diversas Sentencias del Tribunal Constitucional, y en concreto, la STC 197/1995 de 21 de diciembre (RTC 1995/197) aborda ampliamente el estudio de estos derechos, cuyo contenido reproducen otras posteriores, de la cual extraemos las siguientes conclusiones relativas a tres aspectos bien diferenciados.

En primer lugar, en cuanto a la previsión normativa de estos derechos, podemos señalar que la Constitución reconoce estos derechos en su artículo 24.2, con especial referencia, por tanto, al proceso penal. Estos derechos no aparecen enunciados expresamente en los textos constitucionales de los países de nuestro entorno, en los que se recogen en las Leyes procesales. En el ámbito internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España, los proclama como derechos de toda persona acusada de un delito durante el proceso (artículo 14.3). Por su parte, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, ni el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, consagran de manera formal y expresa los citados derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco de las garantías del artículo 6.1 del Convenio, ha reconocido el derecho que tiene todo acusado en materia penal, en el sentido autónomo que el Tribunal ha otorgado a dicha noción en el texto del Convenio y frente al Derecho interno, a guardar silencio y de no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación (Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1993 —caso Funke v. Francia—).

En segundo lugar, en cuanto al contenido y configuración de estos derechos, se viene reconociendo por el Tribunal Constitucional que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable contemplan, como su enunciado indica, los que en el proceso penal al imputado o a quien pueda adquirir tal condición corresponde, y acerca de los cuales los órganos judiciales deben ilustrar desde el primer acto procesal en el que pueda dirigirse contra una determinada per-

sona el procedimiento, de no prestar declaración en contra de sí mismo y de no confesar la culpabilidad. Tanto uno como otro son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable (SSTC 36/1983, fundamento jurídico 2.º; 127/1992, fundamento jurídico 2.º).

En cuanto a su posible extensión al derecho administrativo sancionador, la jurisprudencia constitucional ha reconocido como límite ineludible a la potestad sancionadora de la Administración el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el artículo 24 de la CE, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración siga, para la imposición de sanciones por tanto, no puede suscitar duda que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 de la CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido. El ejercicio del ius puniendi del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o inculpativa de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo.

Finalmente, muy relacionado con estos derechos, hemos de señalar que no atenta al derecho de presunción de inocencia el hecho de tener que someterse o soportar la práctica de determinadas pericias, médicas o de otro tipo, para averiguar elementos de hecho determinantes para el enjuiciamiento de la conducta objeto del procedimiento. Como recogió la STC 161/1997, de 2 de octubre, al afirmar que la

garantía de la no autoincriminación del art. 24.2 CE, no alcanza a la posibilidad de sustraerse a las diligencias de prevención, indagación o prueba que proponga la acusación o que dispongan las autoridades judiciales o administrativas, pues esta posibilidad dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de un tutela judicial efectiva.

#### 3.4. Sobre el posible derecho a la doble instancia: ¿Tiene el presunto responsable derecho fundamental a la doble instancia?

*Con carácter general, podemos considerar que el derecho a los recursos se encuentra implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva y que, aun cuando constituya un derecho de configuración legal (de modo que corresponde al legislador ordinario establecer el sistema de recursos que estime adecuado, sin que pueda predicarse la vigencia, en cualquier caso, de un derecho a la doble instancia o de acceso a un medio de impugnación de una naturaleza determinada) esta regla general admite, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 del Protocolo Séptimo del CEDH y 14.5 del PIDCP en relación con el art. 10.2 de la CE, una excepción en el proceso penal en el que hay que reconocer la existencia del derecho fundamental que al condenado por delito asiste a obtener la revisión de su condena por un Tribunal Superior.*

Por ello, cabe plantearse si el derecho a la doble instancia penal ha de ser también reconocido en el marco del proceso contencioso-administrativo, cuando éste trae causa de la imposición de una sanción administrativa. La respuesta, la aporta la STC 89/1995, de 6 de junio de 1995, en una manifestación más de cómo la traslación de las garantías penales al procedimiento sancionador ha de realizarse con cautela, dado su distinto fundamento, al señalar lo siguiente:

*«De la conjunción de ambas doctrinas no se puede obtener, sin embargo, la conclusión de que el derecho a la doble instancia penal haya de ser también reclamable en la esfera del proceso contencioso-administrativo, y ello por que (a diferencia del procedimiento administrativo «sancionador») no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el ius puniendi del Estado, sino un proceso administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción adoptada en un procedimiento que*

ha sido respetuoso con las principales garantías del art. 24 de la CE.

La circunstancia de que los Tribunales del orden judicial administrativo puedan, por estimar que la sanción no es conforme a Derecho, desestimar el recurso contencioso-administrativo, no autoriza a concluir en que sean tales Tribunales quienes, como acontece en el orden judicial penal, «condenen» al administrado, de tal suerte que, frente a dicha primera condena, haya de surgir, en aplicación de lo dispuesto en aquellas normas de los Pactos internacionales, un derecho a la obtención de la revisión de la condena en una segunda instancia, sino, antes al contrario, la sanción administrativa la irroga la Administración Pública en el uso de sus prerrogativas constitucionales, pudiendo (a diferencia del proceso penal, en nuestro país siempre informado por el principio de legalidad —art. 100 LECrim—) su destinatario aquietarse frente a la misma o reaccionar mediante la interposición del recurso contencioso-administrativo en el que, aquí sí, los artículos 24.1 y 106.1 de la CE garantizan a todo ciudadano el libre y efectivo acceso a los Tribunales.

*Por esta razón, y con independencia de que, frente a la sentencia dictada por los Tribunales administrativos, pueda el legislador (atendiendo la gravedad de la sanción y la necesidad de coherencia los derechos fundamentales a «un proceso con todas las garantías» y «sin dilaciones indebidas») arbitrar los oportunos medios de impugnación, lo cierto es que esta exigencia no se deriva de la Constitución, desde la que no cabe predicar la existencia de un derecho fundamental a la doble instancia contencioso-administrativa».*

#### 4. CONTROL DE LAS GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

##### 4.1. Control interno: Impugnación de las sanciones en vía administrativa

En cuanto al control interno, entendiendo como tal el que lleva a cabo la propia Administración Pública, tanto del procedimiento administrativo sancionador como de su resolución, no se establece en principio, ninguna peculiaridad frente al régimen general de impug-

nación de actos en vía administrativa, por lo que hemos de remitirnos a lo que dispone la LRJAP con carácter general.

Podemos señalar que si la resolución que se dicta en el procedimiento sancionador no agota la vía administrativa, podrá interponerse recurso de alzada contra la misma en los términos del art. 114 y siguientes de la LRJAP.

No obstante, no cabe en vía de recurso la «*reformatio in peius*» prohibida por el art. 21 del RPPS, pues cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, las resoluciones del recurso ordinario y de los procedimientos de revisión de oficio que, en su caso, se interponga o sustancien no podrán suponer la imposición de sanciones más graves para el sancionado. Además, en este caso de recurso, las resoluciones podrán adoptar las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sean ejecutivas, y en todo caso, las disposiciones cautelares estarán sujetas a las limitaciones que el artículo 72 de la LRJAP establece para las medidas de carácter provisional. El fundamento de la prohibición de reforma peyorativa es claro, como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, pues otra cosa olvidaría: a) que el sistema de recursos administrativos no se ha establecido para proteger a la Administración sino como garantía jurídica de los ciudadanos; b) que la exclusión de la *reformatio* se funda en la vinculación de la Administración a sus propios actos; c) que la potestad revocatoria de la misma no puede extenderse más allá de sus límites legales aprovechando la existencia de un recurso; y d) que las cuestiones relacionadas con el acto impugnado que no son objeto de especial impugnación deben por ello ser consentidas.

Si la resolución que se dicta en el procedimiento sancionador agota la vía administrativa o ya se ha resuelto el recurso de alzada contra la resolución que no agotaba la vía administrativa, podrá interponerse recurso potestativo de reposición o impugnarse directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo<sup>44</sup>, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de la resolución expresa. Si la resolución es presunta, el plazo será de seis meses desde que se produzca el acto presunto<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Las reglas generales de competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se recogen en los art. 8 y siguientes de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Téngase en cuenta la modificación operada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

En cuanto al control por los tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora, el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 2004 (RTC 2004/250 Auto).

<sup>45</sup> Sobre el plazo para recurrir contra las desestimaciones por silencio administrativo negativo Cfr. STC 188/2003, de 27 de octubre.



#### 4.2. Control externo: impugnación en vía jurisdiccional y suspensión en vía judicial.

Con carácter general, el art. 106.1 de la CE establece que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican».

Este artículo, que constituye un pilar esencial en un Estado de Derecho, se va matizando a lo largo de distintos preceptos de nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, por ejemplo hay que ponerlo en relación con el art. 8 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), conforme al cual «los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, disposiciones generales con rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

La jurisdicción contencioso-administrativa aparece como el orden fundamental en el que se materializa el control judicial de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa sujeta a Derecho Administrativo, y su norma fundamental de regulación es la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tal y como recoge el precitado apartado 1.1 de la citada Ley.

El control de la legalidad de la actuación administrativa por parte de los órganos jurisdiccionales se extiende también al ámbito administrativo sancionador. Por ello establece el Auto del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 2004 (RTC 2004/250 Auto) lo siguiente:

«Que el Juez Contencioso-Administrativo tenga vedado completar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y justificar ex post las sanciones que ésta no haya motivado, no significa que, en el ejercicio de su función de control jurisdiccional del uso de tal potestad, se encuentre rígidamente vinculado a la calificación jurídica que se haya efectuado en las resoluciones sancionadoras de modo tal que cualquier apreciación judicial que suponga una divergencia con la subsunción realizada por aquélla deba determinar en todo caso la anulación de los actos de aplicación de las sanciones. No debe olvidarse que en la función de los Tribunales de controlar el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración se incluye la

supervisión del ajuste a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE) de la actuación administrativa, mediante la aplicación de criterios jurídicos dentro de su competencia funcional, propia de la jurisdicción (art. 117.3 CE). «Le compete, pues, al tribunal Contencioso-Administrativo», dijimos en la STC 10/1988, de 1 de febrero), «apreciar y valorar los hechos e integrarlos en la norma adecuada, con vinculación a la Ley y al Derecho, pero sin estarlo a la calificación jurídica de las partes, sin mengua de los principios de contradicción y defensa. Lo que el Tribunal ha de respetar en todo caso son los hechos fundamentales del proceso, debidamente contrastados por la prueba —pero también correctamente apreciada por el Tribunal dentro de los cánones procesales—, y, una vez fijada aquélla (es decir, los hechos), aplicar la norma adecuada (dabo tibi ius). Ésta es la atribución y la responsabilidad del Juez o Tribunal. Y ésta es también, reiterada, la doctrina de este Tribunal, referida al Derecho Penal, y, por analogía, al sancionador, cuando se pronuncia sobre «la identidad del hecho punible», entre el señalado por la acusación y el objeto de nueva calificación jurídica, o sobre la «homogeneidad» de los hechos, para sentar que no existe infracción constitucional si el Juez valora éstos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo ( STC 104/1986, de 17 de julio, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso».

Cualquier vulneración de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador podrá ser impugnada ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.1 LJCA.

En cuanto a la suspensión en vía judicial, el régimen jurídico es el previsto en los artículos 129 y siguientes de la LJCA. Cuando el recurrente en un proceso contencioso-administrativo solicita del órgano judicial la suspensión del acto impugnado, la Administración Pública no puede ejecutar éste hasta que el órgano judicial resuelva denegando la suspensión, pues en otro caso vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, así lo establece la STC 199/1998, de 13 de octubre (RTC 1998/199). No obstante, la interposición del recurso contencioso-administrativo no produce automáticamente la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido, si bien, la suspensión puede

acordarse, a instancia del recurrente, «cuando la ejecución la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto», a tenor del artículo 130.1 LJCA, siendo en todo caso una medida extraordinaria y de carácter excepcional frente a la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos.

Por otra parte, el carácter sancionador del acto recurrido no impide su inmediata ejecutividad, ni ello es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Según el Tribunal Supremo los actos que imponen sanciones pecuniarias no deben dar lugar a la suspensión en tanto ésta no tenga por causa una situación, indiciariamente acreditada, al menos, de la que se desprenda que el inmediato pago que reclama la ejecutividad de la sanción supone para el sancionado un quebranto económico de tal naturaleza que, aún estimando en su día el recurso, tal situación sería prácticamente irreversible<sup>46</sup>.

#### 4.3. Control especial del respeto a los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador: el procedimiento especial previsto en la LJCA y el recurso de amparo

Como hemos venido estudiando, en el procedimiento administrativo sancionador existen determinadas garantías que tienen naturaleza de derecho fundamental y cuya vulneración no constituyen un mero defecto formal. Tal naturaleza tiene una serie de consecuencias en cuanto al control de su vulneración; puesto que tienen el carácter de derechos subjetivos, dotados de eficacia jurídica reforzada que para los derechos fundamentales reconoce el art. 53, párrafos 1 y 2, vinculantes para los poderes públicos, con un contenido intangible, incluso para el legislador, y cuya lesión es susceptible de hacerse valer ante los tribunales ordinarios y, en amparo, ante el Tribunal Constitucional.

Con carácter general, como hemos venido estudiando, del art. 24 CE (ubicado dentro de la Sección Primera Capítulo II del Título I de la CE) derivan determinados principios procedimentales que el Tribunal Constitucional ha declarado aplicables al Derecho Administrativo sancionador (derecho de defensa esencialmente, y los distintos

<sup>46</sup> En estos términos se auto de 8 de junio de 1.992 (JUR 1992/5032), la sentencia de 25 de septiembre de 1.995 (Ar.6475) y los autos de 19 de septiembre de 1.994 (Ar.6749) y de 24 y 30 de enero de 1.995 (Ar.311 y 592).

derechos instrumentales en que se manifiesta). Recordemos además, que el Tribunal Constitucional, es intérprete supremo de la Constitución Española (art. 1 LOTC) y su doctrina tiene eficacia vinculante para los órganos jurisdiccionales (art. 5.1 LOPJ).

Establece el art. 53 CE lo siguiente: «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1 a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.»

Como es sabido, el procedimiento judicial al que alude este artículo se contempló inicialmente en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, hoy ya derogada y de aprobación anterior a la CE en un día, por lo que su ámbito no coincidía con el previsto en el art. 53.2, por ello la Disposición Transitoria 2ª.2 de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre, amplió tal ámbito para hacerlo coincidir con la previsión constitucional.

Por otra parte, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que se regula en los arts. 161.1 b) y 162.1 b) CE y en los arts. 41 a 58 de la LOTC, establece como requisito para su interposición, conforme a lo dispuesto en el art. 43 LOTC que para interponer recurso de amparo, cuando la presunta violación del derecho tenía su origen en disposiciones o actos de las Administraciones Públicas, es preciso haber agotado la vía judicial procedente, de acuerdo con el art. 53.2 CE. Y en ese sentido, la precitada Disposición Transitoria 2ª.2 de la LOTC afirma que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso administrativa ordinaria o la configurada por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales...», de manera que la vía judicial previa al recurso de amparo podía ser tanto la vía especial de la Ley 62/1978 como la ordinaria del recurso contencioso-administrativo que establecía la LJCA de 27 de diciembre de 1956. La nueva LJCA, Ley 29/1998, de 13 de julio, acoge un procedimiento especial dentro del Título V, Capítu-

lo I, denominado «Procedimiento para la Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona» en sus art. 114 a 122 y deroga la citada Ley 62/1978.

Parece que ahora, si la violación de un derecho fundamental proviene de un acto de la Administración pública, es necesario agotar la vía judicial procedente (la del art. 114 y siguientes de la LJCA) antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional. Claro que en la práctica, como también cabe el recurso de amparo contra las violaciones que emanen de un acto de un órgano judicial en los términos del art. 44 LOTC, y por esta vía también podrán revisarse en algunos casos el respeto por parte de la Administraciones Públicas de las garantías del procedimiento sancionador.

Como señala Gutiérrez Delgado<sup>47</sup>, al referirse a la sentencia firme recaída en este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la sentencia firme cabe el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que podrá fundamentarse, según los casos, en el art. 43 LOTC —vulneración de los poderes públicos— o en el artículo 44 —vulneración por el propio poder judicial en el proceso de protección de los derechos fundamentales— o revestir incluso un carácter «mixto» como el propio Tribunal Constitucional ha denominado el caso de que se aleguen motivos que tengan que ver con ambos preceptos.

Recordemos también que la ventaja de la Ley 62/1978 consistía sobre todo, en la reducción de plazos, la innecesariedad de interponer antes recursos administrativos y la suspensión de la eficacia del acto impugnado como regla general, aunque su objeto se limitaba exclusivamente a comprobar que el acto impugnado afectaba o no a los derechos y libertades, sin entrar, en ningún caso, en otras cuestiones de mera legalidad ordinaria, reservados al procedimiento contencioso-administrativo de la LJCA de 1956.

Este inconveniente de la limitación de su objeto llevó a pronunciamientos en la línea que recoge la nueva Ley Jurisdiccional, de manera que el Tribunal Constitucional, en Sentencia 95/1997, de 19 de mayo (RTC 1997/95) sostiene que en el proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales de la persona el juez contencioso-administrativo realiza un juicio de plena jurisdicción de la actuación administrativa «sólo pudiendo relegar los aspectos de legalidad ordinaria que no tengan relación alguna con la tutela de los

<sup>47</sup> GUTIERREZ DELGADO, José Manuel, en la obra colectiva Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, Colección Monografías Aranzadi, pág. 965.

*derechos fundamentales comprendidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución».*

Con la nueva LJCA, y el procedimiento especial que establecen sus art. 114 y siguientes se pretende superar esta limitación en cuanto a la radical separación entre el examen de cuestiones de legalidad ordinaria y de garantías de derechos fundamentales. Como establece su Exposición de Motivos:

*«La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso — y, por tanto, de la sentencia— de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos.»*

Por ello establece el art. 114 LJCA que «el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución Española se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este Capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas de la presente Ley» añadiendo que «podrán hacerse valer en este procedimiento las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado», y la sentencia estimará el recurso planteado cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo, ex art. 121.2 LJCA.

## 5. CONCLUSIONES

Como hemos venido exponiendo, el legislador de 1992 optó por regular el procedimiento administrativo sancionador estableciendo para ello una serie de principios generales que han de respetarse por cualquier Administración Pública que ostente competencia para el ejercicio del ius puniendi en una materia concreta. La doctrina, como también hemos recogido en estas líneas, fue muy crítica con la introducción de este sistema que articula la LRJAP frente al anterior de la

LPA, que sí se aventuraba a establecer un procedimiento sancionador común. Esta técnica legislativa ciertamente permite adaptar el procedimiento a las peculiaridades de autoorganización de las Administraciones Públicas, conforme a lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, pero no constituye una aportación significativa en el sistema de derechos y garantías del presunto responsable, que quedan escuetamente recogidos en unos pocos preceptos dentro del Título IX. Huelga decir que, como propuesta genérica de mejora normativa, seguimos apostando un sistema codificado de los derechos y garantías del presunto responsable, dentro de un marco general regulador de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en que se recojan de forma clara y sistemática todas las garantías y se incorpore la doctrina constitucional consolidada sobre la materia, de forma semejante a la regulación llevada a cabo en materia tributaria por la Ley 1/1998, de 26 de febrero, que Regula los Derechos y Garantías de los Contribuyentes, y ello, porque no sólo beneficiaría al administrado, sino también a la Administración, al amparar su actuación dentro de la legalidad, dando efectividad al principio de seguridad jurídica sin merma en la eficacia administrativa.

No obstante, en nuestro Ordenamiento Jurídico el cierre del sistema y la garantía última de la legalidad de la actuación administrativa se encuentra en los Tribunales de Justicia. Como hemos visto, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo se reside fundamentalmente el control de la legalidad de la actuación administrativa y, por ende, del ejercicio de la potestad sancionadora, habiendo optado la nueva Ley de la Jurisdicción por un sistema flexible y onmicomprensivo de control. Y más aún, desde la perspectiva del respeto a los derechos fundamentales, no podemos olvidar el control del Tribunal Constitucional en todos aquellos supuestos en que el administrado considere que los poderes públicos han vulnerado un derecho o libertad fundamental, que como hemos visto, en el caso del procedimiento sancionador, gira en torno a la vulneración del derecho de defensa y derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, precepto inicialmente pensado para el ámbito penal pero que la doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras sentencias (pensemos en la STC 18/1981), trasladó con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, en sus aspectos sustantivo y procedimental y a la vista de las últimas sentencias que hemos examinado, sigue esta misma línea de interdicción de la indefensión del presunto responsable como núcleo esencial de sus pronunciamientos, que vinculan a los órganos jurisdiccionales (art. 5.1 LOPJ).

En definitiva, la última palabra la tienen los tribunales, de manera que a través de la jurisprudencia y de la doctrina del tribunal Cons-

titucional se delimitan claramente el alcance de estas garantías, especialmente en la determinación de la presunción de inocencia y los derechos instrumentales del derecho de defensa, y es lo que asegura la justiciabilidad de toda la actuación administrativa, y sobre todo de aquella que es especialmente gravosa para los administrados, constituyendo el cierre del sistema sobre el que se asienta el resto de garantías. La confianza del administrado en que al final de la cadena de hitos que constituye el procedimiento administrativo sancionador se encuentran órganos independientes capaces de valorar la conformidad de dicha actuación al ordenamiento jurídico y, en su caso, dejarlas sin efecto y adoptar las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica del interesado, es el pilar sobre el que se sustenta un Estado de Derecho.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Agundez Fernández, A. «Las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, Ley 30, de 26 de noviembre de 1992. Comentarios y Jurisprudencia». Comares, 1993.
- Bandrés Sánchez-Cruza, J. M. «Las garantías constitucionales del procedimiento administrativo sancionador». Cuadernos de Derecho Judicial año 1993. Consejo General del Poder Judicial.
- Bermejo Vera, J. «Derecho administrativo parte especial», vol II. Ed. Civitas. Cuarta edición, 1999.
- Castillo Blanco, Federico A. e Ildelfonso Huertas, Rosa M. «La renovación de la dogmática del derecho disciplinario: a propósito de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la Seguridad Social». Revista de Administración Pública nº 158, mayo-agosto 2002.
- Frias López, A. «La potestad sancionadora de la Comunidad de Madrid», en la obra colectiva coordinada por ALVAREZ CONDE, E. «El Derecho Público de la Comunidad de Madrid, Comentarios al XX aniversario del Estatuto de Autonomía». Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A y Servicio de Publicaciones URJC. 2003.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.R. «Curso de Derecho Administrativo». Vol. I y II, I Civitas. Cuarta edición, 1993.
- García Gómez de Mercado, F. «Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable». Segunda Edición. Ed. Comares. 2004.
- Garberí Llobregat, J. y Buitrón Ramírez, G. «El procedimiento administrativo Sancionador». Quinta edición. Ed. Tirant lo Blanch.
- González Pérez, J. y González Navarro, F. «Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)». Ed. Civitas, Tercera edición 2004, volumen II.

- González Pérez, J. «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)». Vol. II. Ed. Civitas. Madrid, 2003.
- López Guerra, García Morillo, J. y otros. «Manual de Derecho Constitucional», vol. I, 6ª edición. Tirant lo Blanch.
- López Menudo, F. «Los principios generales del procedimiento administrativo». Revista de Administración Pública, nº 129, septiembre-diciembre 1992.
- Lozano Cutanda, B. «El principio de oficialidad de la acción sancionadora administrativa y las condiciones necesarias para garantizar su efectividad». Revista de Administración Pública nº 161, mayo-agosto 2003.
- Nieto, Alejandro. «Derecho Administrativo Sancionador». Tercera edición ampliada. Ed. Tecnos.
- Palma de Teso, Angeles de, «Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción». Revista de Derecho Administrativo nº 112, octubre-diciembre 2001, pag. 553 y ss.
- Pernán Gavín, «La regulación de la potestad sancionadora de la Administración». Revista de Administración Pública nº 132, septiembre-diciembre 1993, pag. 386 y ss.
- Quintero Olivares, Gonzalo. «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración Pública». Revista de Administración Pública, nº 126, septiembre-diciembre 1991.
- Sánchez Blanco, A. «Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas». Revista de Administración Pública, nº 132, septiembre-diciembre 1993.
- Suay Rincón, J. «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador». Revista de Administración Pública, nº 123, septiembre-diciembre 1990.
- Suay Rincón, J. «La potestad sancionadora de la Administración, en la obra colectiva Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», editada por la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid. 1993.
- VV.AA. «Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo». Colección Monografías Aranzadi, segunda edición 2000.
- VV.AA. «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998». Obra Colectiva coordinada por RIVERO GONZÁLEZ, M. Colección Monografías Aranzadi. 1999.
- VV.AA. «Comentarios a la Constitución. Tercera Edición Ampliada». Edición preparada por Garrido Falla, F. Editorial Civitas. 2001.
- VV.AA. «Doctrina constitucional y jurisprudencial sobre requisitos de determinadas actuaciones administrativas y sobre otras materias de interés para las Administraciones Públicas». Ministerio de Administraciones Públicas. Ministerio de Presidencia. Boletín Oficial del Estado. Madrid 1999.

## PROCEDIMIENTOS DE CONCESIÓN DE SUBVENCIONES TRAS LA LEY 38/2003, DE 17 DE NOVIEMBRE, GENERAL DE SUBVENCIONES

POR  
ALEXANDRA FRIAS LÓPEZ<sup>1</sup>  
LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

**SUMARIO:** 1. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO PARA DICTAR LA LEY 38/2003. 2. CARÁCTER DE LEGISLACIÓN BÁSICA. Contenido y significado de la cláusula de supletoriedad. Doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la actividad subvencional. Carácter de la legislación que se dicte en desarrollo de la Ley 38/2003. 3. BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA: CONTENIDO Y PROBLEMÁTICA PRÁCTICA. APROBACIÓN SIMULTÁNEA. Definición del objeto de la subvención. Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención y, en su caso, los miembros de las entidades contempladas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de esta Ley, y forma y plazo en que deben presentarse las solicitudes. Procedimiento de concesión de la subvención. Criterios objetivos del otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos. Órganos competentes para la ordenación, instrucción, y resolución del procedimiento de concesión de la subvención<sup>2</sup> y el plazo en que será notificada la resolución. Contenido de las bases reguladoras en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Contenido de la convocatoria y aprobación simultánea. 4. PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA Y DE CONCESIÓN DIRECTA. 5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE CONCESIÓN DIRECTA Y ESTUDIO DE LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA EXISTENCIA DE SUPUESTOS ESPECIALES EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA: CASO DE LA LEY 2/1995, DE 8 DE MARZO, DE SUBVENCIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 6. LOS CONVENIOS COMO INSTRUMENTO PARA LA CANALIZACIÓN DE SUBVENCIONES NOMINATIVAS.

### 1. HABILITACIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO PARA DICTAR LA LEY 38/2003

A la hora de abordar el estudio de los procedimientos de concesión de subvenciones tras la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones hemos de partir necesariamente del análisis de los títulos competenciales que ostenta el Estado para aprobar una norma de esta naturaleza, y ello porque una de las principales cuestiones a las que dar respuesta es si caben procedimientos de concesión diferentes

<sup>1</sup> Letrada de la Comunidad de Madrid. Letrado-Jefe en la Consejería de Empleo y Mujer.

<sup>2</sup> Conforme al Art. 22.1 LGS, que como decimos tiene carácter básico, cuando estemos ante subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, en las bases reguladoras deberá incluirse la composición del órgano colegiado que ha de hacer la propuesta de concesión al órgano concedente a través del órgano instructor.

a los recogidos con carácter básico en el art. 22 de la citada Ley, básicamente el procedimiento de concurrencia no competitiva, o si las distintas Administraciones pueden recoger supuestos de concesión directa no contemplados en el art. 22.2 LGS.

Conforme a la Disposición Final 1ª LGS la habilitación competencial del Estado para dictar la Ley General de Subvenciones se encuentra en los apartados 13, 14 y 18 del artículo 149.1 de nuestro texto constitucional. Examinados los citados títulos competenciales observamos que por lo que respecta al apartado 1.13º del citado artículo, «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica», ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional<sup>3</sup> que esta competencia sólo será aplicable cuando se trate de actuaciones que tengan una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica pues si no se estaría vaciando de contenido un título competencial más específico y, en este caso, la Ley General de Subvenciones, contiene una regulación puramente formal que prácticamente no incide de forma directa y significativa en la actividad económica.

En segundo lugar, se cita como habilitación competencial el apartado 1.14 del art. 149 CE, «Hacienda general», pero sin embargo, este es un título habilitante para regular íntegramente una materia, pues es una competencia exclusiva del Estado, que no permite establecer normas básicas.

Finalmente se reside en la habilitación competencial en el artículo 149.1.18ª CE, «bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas... que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas y procedimiento administrativo común», que constituye el título realmente habilitante en la Ley 38/2003.

Por lo que respecta al alcance de la regulación básica, en el ejercicio de las competencias del Estado atribuidas por el artículo 149.1.18, el Tribunal Constitucional<sup>4</sup> ha señalado que la competencia de autogobierno de las Comunidades Autónomas, que es inherente a la autonomía, en tanto competencia exclusiva, tiene como único contenido la potestad para crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas, de modo que el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito. Fuera de dicho ámbito de actividad autonómica exclusiva, el Estado puede establecer, desde la competencia sobre bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, principios y reglas básicas sobre aspectos organizativos y de funcionamiento de todas ellas. En virtud de esta competencia básica el Estado puede establecer elementos esenciales

<sup>3</sup> SSTC 125/84, 133/1997, 21/99.

que garanticen un régimen jurídico unitario aplicable a todas las Administraciones Públicas.

Ahora bien, no cabe atribuir a las bases estatales en esta materia la misma extensión e intensidad cuando se refiere a aspectos meramente organizativos internos, que no afectan directamente a la actividad externa de la Administración y a los administrados que en aquellos aspectos en los que se da esta afectación. Así el alcance de lo básico será menor en aquellas cuestiones que se refieran primordialmente a la organización y funcionamiento interno de los órganos administrativos que en aquellas otras que incidan más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados, pues el objeto fundamental de la competencia establecida en el artículo 149.1.18ª es garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas.

En materia de procedimiento administrativo común el Tribunal no ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto, que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, sino que en esta competencia se han incluido los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento<sup>5</sup>.

## 2. CARÁCTER DE LEGISLACIÓN BÁSICA

Tras la habilitación competencial la Disposición Final Primera LGS enumera los preceptos que constituyen legislación básica del Estado.

Como pone de manifiesto ÁLVAREZ CONDE, no existe una doctrina unitaria de lo que es «lo básico» pues el Tribunal Constitucional lo define en cada caso concreto en función de la materia ante la que nos encontremos.

La configuración de un precepto como básico implica su aplicación a todas las Administraciones públicas, sin perjuicio de que su contenido pueda ser completado por las distintas Comunidades Autónomas desarrollando las directrices y criterios establecidos por la norma básica, pero, en todo caso ha de tenerse presente que desarrollar no es innovar.

<sup>4</sup> SSCT números 35/1981, 227/1988 y 50/1999.

<sup>5</sup> SSTC núms. 227/1985, 102/1985, 137/1986 y 48/1988.

Con la Ley 38/2003, General de Subvenciones, el Estado ha venido a aglutinar la regulación normativa<sup>6</sup>, sintetizándola en un único texto legal, regulando una materia sobre la que ya existía legislación autonómica, de forma que al dictar esta Ley estableciendo normas básicas se ha producido una contradicción con algunos preceptos autonómicos en vigor. El aplicador del Derecho debe proceder en estos casos, conforme ha ordenado el Tribunal Constitucional, (STC 173/1998, de 22 de julio, Fundamento jurídico 9<sup>o</sup>), lo que implica que los preceptos autonómicos quedarían automáticamente desplazados por la normativa básica estatal<sup>7</sup>.

Es evidente que los preceptos de carácter básico se aplican de forma inmediata en todas las Administraciones públicas, desplazando aquella regulación autonómica con la que entren en colisión.

Sin embargo, los preceptos que no tienen carácter básico no serían de aplicación directa en el ámbito de las Administraciones públicas distintas de la Estatal que tengan normativa propia<sup>8</sup>, como ocurre en el caso de la Administración de la Comunidad de Madrid, que aplica, junto a los preceptos estatales básicos, su propia normativa en materia de subvenciones.

Tampoco serán de aplicación supletoria, debido al contenido y significado de la cláusula de supletoriedad que ha dado el Tribunal Constitucional.

<sup>6</sup> Conforme al artículo 1 de la LGS: «Esta Ley tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas.»

<sup>7</sup> Aunque en referencia al art. 149.1 CE la STC 173/1998, de 22 de julio, manifestó que:

«El art. 149.1.1 CE habilita, pues, al Estado para regular el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho de asociación. La legislación que con base en este precepto constitucional pueda dictar el Estado deberá sin duda ser respetada por el legislador autonómico titular de la competencia sobre determinadas asociaciones. Constituirá también un *prius* del que deberá partir la regulación de las mismas. Sin embargo, en tanto que esa legislación estatal no se haya dictado, resultará sumamente difícil atribuir a la legislación autonómica una invasión competencial, ya que el art. 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas «condiciones básicas»- uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales. En suma, si el Estado considerara necesario establecer en el futuro esas condiciones básicas y al dictarlas éstas entraran en contradicción con preceptos de leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como queda dicho, constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación de los distintos tipos de asociaciones».

<sup>8</sup> Lo que además resulta conforme a lo declarado el Tribunal Constitucional, especialmente a raíz de la STC 61/1997 (por la que se anula la práctica totalidad del articulado del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992), dotando de contenido a la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE.

Como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, esta cláusula es un instrumento capital de la unidad jurídica querida por el constituyente, o, dicho de otro modo, es un importante instrumento de reintegración a la unidad del pluralismo jurídico inherente a nuestro Estado compuesto, es decir, un instrumento para hacer efectiva la unidad del ordenamiento español, del que los autonómicos son, simplemente, «parte integrante» (art. 147.1 CE). Como afirmó la STC 147/1991, la supletoriedad es una «función referida al conjunto del ordenamiento jurídico», no a una concreta norma jurídica estatal. Es decir, se refiere a la relación entre ordenamientos jurídicos, el estatal y el autonómico. Por lo tanto, debemos distinguir esta función del ordenamiento estatal de la posible existencia de una competencia para crear normas supletorias.

Conviene recordar que si al usar de sus facultades legislativas sobre materias de su competencia tanto el Estado como las Comunidades Autónomas han de operar a partir de un determinado entendimiento interpretativo del bloque de la constitucionalidad (STC 214/1988, fundamento jurídico 5), no es menos cierto que el legislador estatal no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía sin una expresa previsión constitucional o estatutaria (STC 197/1996, fundamento jurídico 21, con cita de las SSTC 76/1983 y 29/1986).

Respecto de la calificación de «aplicación supletoria», debe comenzarse por recordar que, como se dijo en la STC 147/1991 y en la posterior 61/1997, es preciso «reducir el concepto de supletoriedad a sus correctos términos de función, cuya operatividad corresponde determinar a partir de la norma reguladora del ámbito material en el que se va a aplicar el Derecho supletorio y no desde éste, es decir, como función referida al conjunto del ordenamiento jurídico, cuyo valor supletorio debe obtenerse por el aplicador del Derecho a través de las reglas de interpretación pertinentes, incluida la vía analógica, y no ser impuesta directamente por el legislador desde normas especialmente aprobadas con tal exclusivo propósito, para incidir en la reglamentación jurídica de sectores materiales en los que el Estado carece de todo título competencial que justifique dicha reglamentación» (fundamento jurídico 7). Ello condujo al Tribunal en aquella Sentencia a «considerar viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear Derecho supletorio del de las Comunidades Autónomas en materias que sean de la exclusiva competencia de éstas, lo cual no es constitucionalmente legítimo cuando todos los Estatutos de Autonomía atribuyen a las Comunidades Autónomas la competencia como exclusiva y en un mismo grado de homogeneidad» (STC 147/1991, fundamento jurídico 7).

En esta misma línea, en la STC 118/1996 (RTC 1996, 118), el Tribunal declaró que:

*«Si para dictar cualesquiera normas precisa el Estado de un título competencial específico que las justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por lo tanto, tampoco en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuye y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a las Comunidades Autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pues tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la supletoriedad que, por no ser título competencial, no puede dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias» (fundamento jurídico 6).*

En consecuencia, la supletoriedad del Derecho estatal ha de ser inferida por el aplicador del Derecho autonómico, mediante el uso de las reglas de interpretación pertinentes. Por consiguiente, la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme, sin más, la falta de regulación autonómica en una materia<sup>9</sup>. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es la ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho». Como ha manifestado JIMÉNEZ DE PARGA, de un lado la cláusula del artículo 149.3 CE no es atributiva de competencias y, por otro lado, es una cláusula dirigida al aplicador del Derecho autonómico. Más aún, precisamente porque es una cláusula dirigida al aplicador del Derecho autonómico, el Estado carece de competencias para dictar normas meramente supletorias. El Derecho estatal es supletorio, no porque lo diga el propio Estado, sino porque lo considere así el aplicador del Derecho autonómico.

Conforme con la doctrina expuesta, el art. 3.3 LGS relativo al «ámbito de aplicación subjetivo», que tiene carácter básico, dispone que:

*«Los preceptos de esta Ley serán de aplicación a la actividad subvencional de las Administraciones de las Comu-*

<sup>9</sup> Como declaró el TC en la Sentencia 61/1997: «la cláusula de supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio Derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo.»

*nidades Autónomas, así como a los organismos públicos y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas, de acuerdo con lo establecido en la disposición final primera.»*

Esta Disposición Final a su vez afirma categóricamente en el apartado 2 que:

*«Las restantes disposiciones de esta Ley, -las que no tienen carácter básico-, resultarán únicamente de aplicación en el ámbito de la Administración General del Estado, de las entidades que integran la Administración local y de los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas.*

*No obstante, cuando las Comunidades Autónomas hubieran asumido competencias en materia de régimen local, la Ley se aplicará a las entidades que integran la Administración local en el ámbito territorial de las referidas Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en el apartado 1 de esta disposición», es decir, también sólo en relación a los preceptos que tiene carácter básico.*

Se cierra el ámbito de aplicación de la Ley en el apartado 4 del citado artículo 3 LGS disponiendo que:

*«Será igualmente aplicable esta Ley a las siguientes subvenciones:*

- a) Las establecidas en materias cuya regulación plena o básica corresponda al Estado y cuya gestión sea competencia total o parcial de otras Administraciones públicas.*
- b) Aquellas en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquella, conjuntamente con otras Administraciones, en cuanto a las fases del procedimiento que corresponda gestionar a dichos órganos<sup>10</sup>».*

<sup>10</sup> El art. 2.2 del Decreto 76/1993, de 26 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas de la Comunidad de Madrid ordena para estos casos de tramitación conjunta, que se aplique el citado



Dentro del primer apartado encontramos un gran número de subvenciones en las que tendremos unas bases reguladoras estatales y una convocatoria autonómica<sup>11</sup> que en todo caso habrá de ajustarse a las bases estatales sin poder introducir elementos innovadores más allá de lo que constituyan aspectos meramente organizativos o de gestión, siendo el problema la determinación o definición de lo que constituyen este tipo de aspectos a fin de poder establecer una línea de separación entre la potestad normativa estatal y la capacidad o competencia de gestión de la Administración autonómica, lo que a mi juicio debe ser dotado de contenido en cada caso concreto en función de las competencias que ostente cada Administración sobre la materia a la que se refiera la subvención<sup>12</sup>.

Y ello porque no podemos obviar ni dejar de lado la **Doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la actividad subvencional**, que se dirige a la puesta en práctica de políticas concretas, doctrina que ha sido objeto de recapitulación en la STC 13/1992, de 6 de febrero:

*«En este sentido, la determinación sustancial de esta doctrina es que el poder de gasto del Estado no puede concretarse y ejercerse al margen del sistema constitucional de distribución de competencias, pues «no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado. La subvención no es un concepto que delimite competencias (SSTC 39/1982 y 179/1985), ni el sólo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los variados aspectos a que puede dar lugar la actividad de financiación (STC 39/1982, 144/1985, 179/1985 y 146/1986) al no ser la facultad de gasto público en manos del Estado título competencial autónomo (SSTC 179/1985, 145/1989) (STC 13/1992, F. 4) (STC 128/1999, de 1 de julio, F. 3)».*

Reglamento si la resolución es competencia de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus OoAA y entidades de derecho público, que debe entenderse matizado en los términos exigidos en el art. 3.4.b) LGS.

<sup>11</sup> Por ejemplo podemos citar en el ámbito de la Comunidad de Madrid las siguientes: Convocatoria para la concesión de subvenciones públicas destinadas a la realización de Acciones Complementarias y de Acompañamiento a la Formación, de ámbito regional, en aplicación de la Orden TAS 2782/2004, de 30 de julio; Convocatoria para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa, de ámbito regional, para la Formación de Trabajadores/as Ocupados/as, en aplicación de la Orden TAS 2783/2004, de 30 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de las citadas subvenciones.

<sup>12</sup> Si que parece claro que habrá aspectos, como la definición del objeto de la subvención, procedimiento de concesión o de los requisitos que han de reunir los beneficiarios, que quedarán fuera del margen de maniobra de la Administración gestora y que vendrán definidos por las bases estatales.

A partir de este planteamiento general, la STC 13/1992, de 6 de febrero, recogió cuatro supuestos de delimitación competencial a los que pudieran reconducirse los distintos modelos de regulación subvencional:

*«a) Un primer supuesto se produce cuando la Comunidad Autónoma ostenta una competencia exclusiva sobre una determinada materia y el Estado no invoca título competencial alguno, genérico o específico, sobre la misma.*

*El Estado puede, desde luego, decidir asignar parte de sus fondos presupuestarios a esas materias o sectores. Pero, de una parte, la determinación del destino de las partidas presupuestarias correspondientes no puede hacerse sino de manera genérica o global, por sectores o subsectores enteros de actividad. Por otra parte, esos fondos han de integrarse como un recurso que nutre la Hacienda autonómica, consignándose en los Presupuestos Generales del Estado como transferencias corrientes o de capital a las Comunidades Autónomas, de manera que la asignación de los fondos quede territorializada, a ser posible, en los mismos Presupuestos Generales del Estado.*

*b) El segundo supuesto se da cuando el Estado ostente un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia, aun si esta se califica de exclusiva (v. gr., la ordenación general de la economía), o bien tiene competencia sobre las bases o la coordinación general de un sector o materia, correspondiendo a las Comunidades Autónomas las competencias de desarrollo normativo y de ejecución.*

*En estos supuestos el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación. Además, la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera, por regla general, que no pueden consignarse en favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se*

trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias.

c) Un tercer supuesto es aquél en que el Estado tiene atribuida la competencia sobre la legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios.

d) El cuarto y último supuesto es aquél en que no obstante tener las Comunidades Autónomas competencias exclusivas sobre la materia en que recaen las subvenciones, éstas pueden ser gestionadas, excepcionalmente, por un órgano de la Administración del Estado u Organismo de ésta dependiente, con la consiguiente consignación centralizada de las partidas presupuestarias en los Presupuestos Generales del Estado. Pero ello sólo es posible cuando el Estado ostente algún título competencial, genérico o específico, sobre la materia y en las circunstancias ya señaladas en nuestra doctrina anterior, a saber: Que resulte imprescindible para asegurar la plena efectividad de las medidas dentro de la ordenación básica del sector y para garantizar las mismas posibilidades de obtención y disfrute por parte de sus potenciales destinatarios en todo el territorio nacional, evitando al propio tiempo que se sobrepase la cuantía global de los fondos estatales destinados al sector. Su procedencia en cada caso habrá de aparecer razonablemente justificada o deducirse sin esfuerzo de la naturaleza y contenido de la medida de fomento de que se trate.»

En base a lo expuesto hemos de concluir que, como ha declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, no existe una competencia subvencional diferenciada, de forma que el Estado no dispone de un poder general para subvenciones, (gasto público), independien-

<sup>13</sup> Sentencias 179/1985, 96/1990.

te o desvinculado del orden competencial, pues la subvención no es un concepto que delimite competencias. De esta forma, el Estado no puede establecer una regulación del régimen jurídico de las subvenciones sin respetar el orden constitucional de distribución de competencias.

El régimen Jurídico de las subvenciones estará determinado en primer lugar por la Ley General de Subvenciones, dentro de la que habrá que diferenciar, según la Administración ante la que nos encontremos y precisamente porque la subvención no es un concepto delimitador de competencias, entre preceptos de carácter básico de los que no lo son, y demás normativa, autonómica y de desarrollo.

Ratifica esta afirmación el art. 5 LGS, de carácter básico, conforme al cual:

«Las subvenciones se regirán, en los términos establecidos en el artículo 3<sup>14</sup>, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo, las restantes normas de derecho administrativo, y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado.»

En el ámbito de la Comunidad de Madrid el art. 2 LSCM señala que el régimen económico-financiero de las subvenciones será el establecido por la citada Ley, por las leyes especiales aprobadas por la Asamblea de Madrid y por los preceptos que contenga la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid en cada ejercicio y durante su vigencia.

Expresamente declara de aplicación supletoria en este ámbito a la normativa contenida en:

- La Ley Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.
- La Ley General Presupuestaria<sup>15</sup>.
- Las demás normas de Derecho Administrativo.
- Y a falta de estas las de Derecho Privado.

Visto el carácter básico de algunos preceptos de la LGS hemos de plantearnos cual sería el **carácter que tendría la legislación que se**

<sup>14</sup> Por tanto en atención a la Administración ante la que nos encontremos y tipo de subvención del que se trate.

<sup>15</sup> En cuanto a la referencia a la Ley General Presupuestaria trae causa de ser esta norma legal la que recogía la regulación de las subvenciones con anterioridad a la LGS; de forma que podríamos entender que la remisión a la misma para su aplicación supletoria lo es al régimen hoy recogido en la LGS, si bien entendemos que sería una interpretación forzada por cuanto los preceptos básicos de la LGS no son de aplicación supletoria sino preferente y los no básicos no serían aplicables en el ámbito de la Comunidad de Madrid por las razones antes mencionadas.

dicte en desarrollo de la misma, es decir, del Reglamento de desarrollo de la LGS si llegara a aprobarse, destacando al efecto lo manifestado en la Disposición Final Segunda:

*«Las normas que en desarrollo de esta ley apruebe la Administración General del Estado tendrán carácter básico cuando constituyan el complemento necesario respecto a las normas que tengan atribuida tal naturaleza conforme a la Disposición Final Primera»*

Estas normas reglamentarias habrán de respetar en todo caso los límites que a las normas básicas impone la doctrina del Tribunal Constitucional, de forma que no supongan una anulación de la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, permitiendo que éstas dispongan del suficiente margen de actuación que les permita fijar las directrices necesarias para satisfacer sus peculiaridades e intereses particulares.

Algunos preceptos básicos de la LGS prevén ya un posterior desarrollo reglamentario, lo que implica que cuando se dicten estas normas habrán de tener del mismo modo el carácter de básicas siempre y cuando constituyan complemento necesario de las normas básicas que desarrollan como exige la citada Disposición Final. Así, los apartados e) y g) del artículo 13 LGS:

*«No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta Ley las personas o entidades en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora:*

*e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en la forma que se determine reglamentariamente.*

*g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determinen».*

O los apartados 1 y 4 del artículo 18 LGS:

*«1. Los órganos administrativos concedentes publicarán en el diario oficial correspondiente, y en los términos que se fijen reglamentariamente, las subvenciones concedidas con expresión de la convocatoria,*

*el programa y crédito presupuestario al que se imputen, beneficiario, cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención.*

*4. Los beneficiarios deberán dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención, en los términos reglamentariamente establecidos.»*

Otros preceptos de la LGS aluden a un posterior desarrollo reglamentario que no habrá de ser básico pues constituirán desarrollo de un precepto que carece de este carácter, como ocurre con lo dispuesto en el artículo 21 LGS:

*«El régimen de las garantías, medios de constitución, depósito y cancelación que tengan que constituir los beneficiarios o las entidades colaboradoras se establecerá reglamentariamente.»*

Finalmente destacar que en lo que afecta a los procedimientos de concesión de subvenciones previstos en el artículo 22 LGS, si el futuro Reglamento de desarrollo de la Ley incide en esta cuestión constituyendo un complemento necesario del citado artículo, la regulación reglamentaria tendrá igualmente carácter de básico, lo que es especialmente importante pues a la luz del tenor literal del texto legal discute la Doctrina si caben los procedimientos en régimen de concurrencia no competitiva o si a los supuestos de concesión directa previstos en el apartado 2 del precepto al que nos estamos refiriendo puede la legislación autonómica añadir otros diferentes o matizar los recogidos en la norma básica estatal.

### 3. BASES REGULADORAS Y CONVOCATORIA: CONTENIDO Y PROBLEMÁTICA PRÁCTICA. APROBACIÓN SIMULTÁNEA

Para analizar cualquier cuestión relativa a las bases reguladoras o a la convocatoria ha de tenerse en cuenta la diferente naturaleza jurídica de una y otra. Por lo que respecta a las bases reguladoras constituyen el elemento básico configurador del régimen jurídico de la Subvención, atribuyéndoles la Jurisprudencia la condición de disposiciones generales<sup>16</sup>, mientras que la convocatoria es un mero acto administrativo, perteneciente a la categoría de actos plúrimos.

<sup>16</sup> STC 15 junio 1981, 18 nov. 1983 / STS 17 julio 1998 (RJ 6098).

La facultad de la Administración de convocar unas determinadas subvenciones o ayudas públicas se encuadra dentro de la llamada potestad discrecional, si bien, como ha señalado la Jurisprudencia, una vez publicadas las bases reguladoras y, en su caso, la convocatoria, finaliza la discrecionalidad de la Administración y todo el procedimiento de concesión de la subvención constituye una actividad reglada, revisable ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en la LJCA 29/1998, de 13 de julio.

Conforme al artículo 9 de la Ley 38/2003, con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones deberán aprobarse las normas que establezcan las bases reguladoras de concesión, que a su vez se publicarán en el B.O.E. o en el Diario Oficial correspondiente. Este requisito de publicidad es igualmente exigido por el art. 6.6 de la Ley de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, 2/1995, cuya Exposición de Motivos manifiesta que las bases reguladoras son las reglas básicas que deberán recoger los elementos y requisitos mínimos de la concesión, constituyendo en todo caso el instrumento que debe plasmar y desarrollar los principios de publicidad, concurrencia y objetividad.

En cuanto al contenido de las bases reguladoras, la propia Exposición de Motivos de la LGS nos dice que «En relación con las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, se amplía notablemente su contenido mínimo, con el objeto de clarificar y completar adecuadamente el régimen de cada subvención y facilitar las posteriores actuaciones de comprobación y control».

Es el art. 17 LGS, el que se refiere al contenido de las bases reguladoras, si bien, únicamente tienen carácter básico los apartados a), b), d), e) y g) del punto 3, por lo que constituye el mínimo común denominador de las bases reguladoras de todas las Administraciones Públicas, que deberán concretar, como mínimo:

#### **Apartado a): definición del objeto de la subvención**

Este apartado, cuya enunciación puede parecer superflua es a nuestro juicio especialmente importante, pues implica la obligación de la Administración de recoger debidamente ligados el objeto de la subvención con los tres elementos que configuran el concepto de subvención recogidos en el art. 2 LGS, debido al carácter finalista de la misma.

Conforme al art. 2 LGS: Concepto de subvención.

*«Se entiende por subvención, a los efectos de esta Ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta Ley, a*

*favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:*

*a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.*

*b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.*

*c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.»*

Con esta definición legal de subvención la Administración debe necesariamente introducir nuevos elementos que han de tenerse presentes en la regulación de toda subvención, pues junto a las ideas tradicionales de ausencia de contraprestación directa y fomento de una actividad de utilidad pública o interés social, ha de darse el presupuesto de que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación<sup>17</sup> y que además el beneficiario debe cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. Serán por tanto las bases reguladoras el instrumento mediante el cual la Administración fijará con la debida precisión estos extremos, lo que determinará una garantía esencial tanto para el beneficiario como para la Administración, que podrá así garantizar en los debidos términos el cumplimiento de la afectación de los fondos a los comportamientos y obligaciones que se fijen en las bases.

**Apartado b): Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención y, en su caso, los miembros de las entidades contempladas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 de esta Ley, y forma y plazo en que deben presentarse las solicitudes**

<sup>17</sup> En el ámbito de la Comunidad de Madrid el art. 2.1.a) del Decreto 222/1998 se refiere a la necesidad de incluir en las bases reguladoras la actividad, obra, servicio o finalidad de interés social para el que se otorga.

Aquí debemos aludir a los miembros asociados del beneficiario persona jurídica, (pensemos por ejemplo en las diferentes Asociaciones integradas en una Confederación), que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades en nombre y por cuenta del citado beneficiario persona jurídica, pues conforme al art. 11.2 LGS, tendrán igualmente la consideración de beneficiarios y a las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aún careciendo de personalidad jurídica, (por ejemplo una Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal), puedan desarrollar la actividad que motiva la concesión de la subvención, ya que conforme al art. 11.3 LGS, también podrán acceder a la condición de beneficiario.

En cuanto a la exigencia de que en las bases reguladoras figuren la forma y plazo en que deben presentarse las solicitudes, a mi juicio constituye una extralimitación del legislador estatal pues es un requisito más propio del acto de convocatoria que de las bases reguladoras.

#### **Apartado d): Procedimiento de concesión de la subvención**

Respecto a este requisito se plantea la problemática de si las Comunidades Autónomas pueden establecer procedimientos alternativos, básicamente la concurrencia no competitiva, o introducir variaciones o peculiaridades a lo dispuesto con carácter básico en el artículo 22 LGS.

En base a lo expuesto con anterioridad entendemos que, en lo que afecta a los procedimientos de concesión de subvenciones no deberían admitirse procedimientos diferentes a los previstos en el art. 22 LGS pues con ello se estaría desvirtuando la finalidad esencial pretendida por esta Ley que, como hemos dicho, es establecer un mínimo común denominador en esta materia, aplicable a todas las Administraciones públicas, garantizando a los administrados un tratamiento común ante ellas. Admitiendo procedimientos de concesión de subvenciones diferentes de los establecidos en el art. 22 LGS llegaríamos en la práctica a la existencia de tratamientos distintos según la Administración ante la que nos encontrásemos. A ello debemos añadir que este art. 22 LGS no recoge ninguna cláusula del tipo «sin perjuicio de» los procedimientos que pudieran establecer las Comunidades Autónomas.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid sigue admitiéndose el procedimiento en régimen de concurrencia no competitiva siempre que conste debidamente motivado en el expediente la imposibilidad,

no la mera dificultad, de aplicar el procedimiento de concurrencia competitiva.

#### **Apartado e): Criterios objetivos del otorgamiento de la subvención y, en su caso, ponderación de los mismos**

La configuración de la ponderación de los criterios objetivos como un requisito potestativo ha llevado a parte de la Doctrina a entender que sí cabrían procedimientos alternativos de concesión a los establecidos en el art. 22 LGS.

#### **Apartado g): Órganos competentes para la ordenación, instrucción, y resolución del procedimiento de concesión de la subvención<sup>18</sup> y el plazo en que será notificada la resolución**

Aunque no se recogen expresamente en este artículo, la LGS contempla de forma dispersa en su articulado determinadas previsiones referentes al contenido de las bases reguladoras, así, el art. 12.1 LGS exige que las bases reguladoras prevean, en su caso, la intervención de entidades colaboradoras (que entregarán y distribuirán los fondos públicos a los beneficiarios o colaborarán en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos)<sup>19</sup>.

#### **Contenido de las bases reguladoras en el ámbito de la Comunidad de Madrid.**

En el ámbito de la Comunidad de Madrid el contenido de las bases reguladoras viene establecido en el art. 6 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, así como en el art. 2 del Decreto 222/1998, de 23 de diciembre, de desarrollo parcial de la Ley 2/1995 exigiéndose, al igual que en el art. 17 LGS, que se establezcan con carácter previo a la concesión de las subvenciones, si bien exceptúa de las mismas dos supuestos:

1.- Que ya existieran dichas bases reguladoras, excepción que también recoge el art. 17.1 LGS, no básico, para

<sup>18</sup> Conforme al Art. 22.1 LGS, que como decimos tiene carácter básico, cuando estemos ante subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, en las bases reguladoras deberá incluirse la composición del órgano colegiado que ha de hacer la propuesta de concesión al órgano concedente a través del órgano instructor.

<sup>19</sup> En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el art. 5.3 LSCM exige igualmente que esta circunstancia conste en las bases reguladoras.

el caso de que las normas sectoriales específicas de cada subvención incluyan las citadas bases reguladoras

2.- Cuando por razón del objeto de la subvención se justificase debidamente la imposibilidad de concurrencia. El adverbio «*debidamente*» implica la necesidad de que conste en el expediente un informe que motive la imposibilidad de concurrencia, en relación al objeto de la subvención.

Conforme al art. 6.4 LSCM las bases reguladoras se aprobarán por Orden del Consejero correspondiente, mientras en el ámbito de la Administración General del Estado, el art. 17.1 LGS, no básico, determina que se aprobarán por Orden Ministerial, no habiéndose recogido la propuesta del Consejo del Estado para subvenciones de cuantía especialmente importantes, en las que según el alto órgano consultivo, las bases deberían aprobarse por Real Decreto en Consejo de Ministros.

Por lo que respecta al contenido, la Comunidad de Madrid debe respetar el mínimo básico establecido en el art. 17.3 LGS, a lo que se añadirá el contenido que establecen para su ámbito propio el art. 6 LSCM y el art. 2 del Decreto 222/1998, 23 de diciembre, de desarrollo parcial de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, de Subvenciones de la Comunidad de Madrid, en materia de bases reguladoras de las mismas:

*\*1. Las bases reguladoras de las subvenciones y ayudas públicas contendrán, al menos, los siguientes aspectos:*

a) *Definición del objeto de la subvención, indicando la actividad, obra, servicio o finalidad de interés social para el que se otorga, de forma precisa y congruente con los objetivos del programa presupuestario con cargo al que se concederán. Deberán precisar, en su caso, las condiciones accesorias a la finalidad principal que, con carácter general se impongan a los beneficiarios para su cumplimiento.*

b) *Créditos presupuestarios a los que se aplicarán los gastos.*

c) *Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención, período durante el cual deberán mantenerse y forma de acreditarlos.*

d) *Plazo de presentación de las solicitudes y documentación aneja a las mismas.*

e) *Determinación de la forma de concesión de las ayudas: Concurso o concurrencia no competitiva.*

f) *Órgano instructor del expediente.*

g) *Criterios de evaluación de las solicitudes, de concesión de las subvenciones y de determinación de la cuantía de las mismas.*

*Los criterios de concesión se establecerán ordenados de mayor a menor importancia para fundamentar la concesión. Cuando la forma de concesión de las ayudas sea el concurso, los criterios se establecerán, además, debidamente ponderados.*

*Los criterios y, en su caso, el baremo recogidos en las bases reguladoras no podrán ser modificados sin previa modificación de las mismas, lo que comportará un nuevo plazo de presentación de solicitudes.*

h) *Composición del órgano colegiado de evaluación, cuando la concesión haya de realizarse por concurso.*

i) *Condiciones de solvencia y eficacia que hayan de reunir las entidades colaboradoras a las que se refiere el artículo 5.3 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo.*

j) *Forma y plazos para el pago de la subvención, con establecimiento de los límites o requisitos que, en el marco del artículo 10.1 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo, se prevean para el caso de que se contemplen posibles anticipos o abonos a cuenta.*

k) *Las medidas de garantía en favor de los intereses públicos que puedan considerarse precisas, así como la determinación de los supuestos de revocación de las ayudas concedidas y reintegro de las mismas.*

l) *Compatibilidad o incompatibilidad de las ayudas, cuando así se determine, con subvenciones de la propia Comunidad de Madrid, de otras Administraciones públicas, de otros entes públicos o privados, o de particulares nacionales o internacionales.*

m) *Plazo y forma de justificación, por parte del beneficiario o de la entidad colaboradora, del cumplimiento de la finalidad para la que se concede la subvención y de la aplicación de los fondos recibidos, especificando el tipo de justificantes que deban aportarse: De aplicación de los fondos, de consecución de resultados, y otros.*

n) *Plazo máximo de resolución de las convocatorias, con expresión de los efectos de la falta de resolución en plazo.*

o) *Obligación del beneficiario de facilitar cuanta información le sea requerida por la Intervención General de la Comunidad de Madrid, Tribunal de Cuentas u otros órganos competentes, y, en particular, la obligación de asumir*

los extremos regulados en el artículo 12.4 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo.

*p) Expresión de que toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión, y, en todo caso, la obtención concurrente de subvenciones concedidas por cualquier entidad pública o privada, nacional o internacional, podrá dar lugar a la modificación de la subvención otorgada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley 2/1995, de 8 de marzo.»*

Del análisis de la normativa de la Comunidad de Madrid y su comparación con lo dispuesto con carácter básico en el art. 17 LGS hemos de concluir que en cuanto al contenido de las bases reguladoras no existe ninguna alteración o novedad a introducir en la regulación de la Comunidad de Madrid, salvo lo dispuesto respecto de las formas de concesión de las ayudas, en los términos anteriormente expuestos, plazo en que será notificada la resolución de concesión y determinación de los órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del procedimiento de concesión.

Finalmente hemos de referirnos a los **órganos competentes en el ámbito de la Comunidad de Madrid para la aprobación de las bases reguladoras y de las convocatorias.**

En el caso de las bases reguladoras, lo será el Consejero correspondiente por razón de la materia o el Consejo de Gobierno.

Para las convocatorias, cuando se aprueben de forma integrada en las bases reguladoras, deberán ser aprobadas por el Consejero o por el Consejo de Gobierno, siguiendo la forma de aquellas, esto es, por Orden del Consejero o por Acuerdo del Consejo de Gobierno.

Cuando la convocatoria se apruebe de forma separada, nada dispone ni la LGS ni la LSCM.

Para la Ley 38/2003 la convocatoria forma parte del procedimiento de concesión, pues según el art. 23 LGS, de carácter no básico, «la iniciación de oficio se realizará siempre mediante convocatoria aprobada por el órgano competente».

Sin embargo, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, y a diferencia del procedimiento estatal, el procedimiento para la concesión de subvenciones se inicia siempre a solicitud del interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 70 de la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y conforme, en su caso, al modelo o sistema normalizado que señale la correspondiente norma o convocatoria, (Artículo 5.1 del Decreto 76/1993), lo que podría implicar que la convocatoria no forme parte del procedimiento de concesión, sino que fuese previo a éste.

### Contenido de la convocatoria y aprobación simultánea.

En cuanto al contenido de las convocatorias, nada dispone la legislación de la Comunidad de Madrid, sin que sea de aplicación directa el art. 23.2 LGS, que no tiene carácter básico y que por tanto no vincula a la Administración de la Comunidad de Madrid, que sí que podrá tomarlo como referencia pero sin estar sujeto al detallado contenido que para las convocatorias establece el citado precepto estatal, conforme al cual:

«La iniciación de oficio se realizará siempre mediante convocatoria aprobada por el órgano competente, que desarrollará el procedimiento para la concesión de las subvenciones convocadas según lo establecido en este capítulo y de acuerdo con los principios de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y tendrá necesariamente el siguiente contenido:

a) Indicación de la disposición que establezca, en su caso, las bases reguladoras y del diario oficial en que está publicada, salvo que en atención a su especificidad éstas se incluyan en la propia convocatoria.

b) Créditos presupuestarios a los que se imputa la subvención y cuantía total máxima de las subvenciones convocadas dentro de los créditos disponibles o, en su defecto, cuantía estimada de las subvenciones.

c) Objeto, condiciones y finalidad de la concesión de la subvención.

d) Expresión de que la concesión se efectúa mediante un régimen de concurrencia competitiva.

e) Requisitos para solicitar la subvención y forma de acreditarlos.

f) Indicación de los órganos competentes para la instrucción y resolución del procedimiento.

g) Plazo de presentación de solicitudes, a las que serán de aplicación las previsiones contenidas en el apartado 3 de este artículo.

h) Plazo de resolución y notificación.

i) Documentos e informaciones que deben acompañarse a la petición.

j) En su caso, posibilidad de reformulación de solicitudes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.

k) *Indicación de si la resolución pone fin a la vía administrativa y, en caso contrario, órgano ante el que ha de interponerse recurso de alzada.*

l) *Criterios de valoración de las solicitudes.*

m) *Medio de notificación o publicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».*

Sí que se señala con carácter básico en el artículo 22.3 LGS que «no podrán otorgarse subvenciones por cuantía superior a la que se determine en la convocatoria», lo que implica que este dato cuantitativo deberá plasmarse en todas las convocatorias y supone en la práctica acabar con la existencia de las bases reguladoras que llevaban incluida la convocatoria, aprobadas con vocación de permanencia pues si bien bases y convocatoria podrán aprobarse de forma conjunta, necesariamente la vigencia de la convocatoria decaerá una vez agotados los fondos señalados en la misma, de forma que para sucesivas convocatorias, aun basadas en bases anteriores, habrá que proceder a su aprobación y publicación independiente estableciendo cada convocatoria la cuantía que se fija como límite máximo por el que podrán otorgarse las subvenciones.

En cuanto a la **aprobación simultánea de bases y convocatoria**, se desprende claramente de la locución preposicional «en su caso» referida a la convocatoria, y recogida en los arts. 5.2 y 6.2 del Decreto 76/1993, por el que se aprueba el procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas en la Comunidad de Madrid, que la convocatoria puede ir incluida en las bases reguladoras o hacerse de forma independiente, según estime conveniente la Administración autonómica, a diferencia de lo que ocurre en la Administración General del Estado, para la que el art. 23.2.a) LGS, no básico, establece que las bases reguladoras podrían incluirse en la convocatoria «en atención a la especificidad de aquellas».

En atención a la distinta naturaleza jurídica de las bases reguladoras, disposición general, y de la convocatoria, acto administrativo, y al superior rango de éstas frente a aquella, parece más lógico que sea la convocatoria la que se incluya en las bases reguladoras y no al revés como señala el art. 23.2.a) LGS.

Sí que habrá de tenerse en cuenta, como hemos mencionado, que las bases reguladoras podrán aprobarse con vocación de permanencia, para varias convocatorias, e incluso, incluyendo la primera convocatoria dentro de las mismas bases, si bien, al señalar el art. 22.3

LGS, de carácter básico que «no podrán otorgarse subvenciones por cuantía superior a la que se determine en la convocatoria» ello implica que necesariamente, deberán aprobarse de forma separada y posterior estas convocatorias cuando la Administración pretenda otorgar subvenciones excediendo de la cuantía prevista en las convocatorias anteriores.

#### 4. PROCEDIMIENTOS DE CONCURRENCIA COMPETITIVA Y DE CONCESIÓN DIRECTA

Inicialmente el anteproyecto no atribuía carácter básico a la determinación de la regla general de concesión de subvenciones por procedimiento de concurrencia competitiva y a los supuestos excepcionales en los que la concesión puede hacerse de forma directa. Fue el Dictámen del Consejo de Estado el que recomendó atribuir carácter básico a este precepto.

Para que el otorgamiento de una subvención sea válido el art. 9.4 LGS exige que se tramite el procedimiento de concesión de acuerdo con las normas que resulten de aplicación<sup>20</sup>, lo que desde el punto de vista práctico será especialmente importante cuando se trate de subvenciones establecidas en materias cuya regulación plena o básica corresponda al Estado y cuya gestión sea competencia total o parcial de otras Administraciones públicas.

El procedimiento ordinario de concesión se tramitará en régimen de concurrencia competitiva, que es definido por el art. 22.1 LGS como aquel procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza

- mediante la comparación de las solicitudes presentadas,
- a fin de establecer una prelación entre las mismas,
- de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria<sup>21</sup>,

<sup>20</sup> Cuando se trate de Subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea el art. 6 LGS establece que se regirán por las normas comunitarias aplicables en cada caso y por las normas nacionales de desarrollo o transposición de aquellas.

En estos casos los procedimientos de concesión (también los de control de las subvenciones) reguladas en la LGS tendrán carácter supletorio respecto de las normas de aplicación directa citadas.

<sup>21</sup> Los criterios establecidos en las bases y en la convocatoria deberán definirse de forma que se prime a las solicitudes cuyo impulso pueda contribuir, de una manera más eficaz al logro de los objetivos perseguidos por la Administración al establecer la subvención.

Establecidos estos criterios finaliza la potestad discrecional de la Administración y comienza a desarrollarse el procedimiento de concesión que constituye una actividad absolutamente reglada (STS 5 oct. 1998).



— y adjudicar, en el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración.

Excepcionalmente la Administración puede optar por subvencionar todas las solicitudes presentadas, y no sólo aquellas que obtengan mayor puntuación, en cuyo caso, el art. 22 LGS permite realizar un prorrateo de los fondos disponibles, si bien esta posibilidad deberá haberse establecido en las bases reguladoras.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid señala la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Subvenciones 2/1995 que «el concurso debe convertirse en la regla general como procedimiento que canalice la concurrencia y garantice la objetividad». El propio artículo 7.2 LSCM dispone que:

*«Con carácter general la concesión se realizará mediante concurso. No obstante, cuando la finalidad o naturaleza de la subvención así lo exija, aquella podrá realizarse estableciendo los requisitos para su obtención a través de las oportunas bases reguladoras».*

Conforme al art. 2.e) del D 222/98, de desarrollo parcial de la Ley 2/1995, las formas de concesión de las ayudas a incluir en las bases reguladoras pueden ser:

- El concurso
- Y la concurrencia no competitiva

A estos procedimientos ha de añadirse la concesión directa prevista en el art. 4.2 LSCM.

A nuestro juicio este precepto ha de interpretarse a la luz de lo dispuesto en el art. 22 LGS y por tanto, deberíamos entender derogada y no aplicable la referencia al procedimiento de concurrencia no competitiva, con la excepción del prorrateo a que se refiere el propio artículo 22 LGS<sup>22</sup>, si bien como hemos expuesto anteriormente la postu-

<sup>22</sup> La imposibilidad de establecer procedimientos alternativos a los fijados en el art. 22 LGS, no lesiona ni interfiere a nuestro juicio, la potestad de gasto de las Comunidades Autónomas y sí garantiza un mínimo común denominador en todas las Administraciones Públicas en cuanto al procedimiento de concesión de subvenciones que garantizan a los administrados un tratamiento común ante ellas, pues existiría en caso contrario una diferencia lesiva de dicho principio de tratamiento común al no permitirse al Estado otorgar subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva y sí poder hacerlo las Comunidades Autónomas que tuvieran previsión al respecto en su normativa propia.

ra de la Dirección General de los Servicios Jurídicos es continuar admitiendo este procedimiento siempre que venga suficientemente motivada la imposibilidad de aplicar el procedimiento de concurrencia competitiva.

Entrando ya en el procedimiento de concurrencia competitiva dispone el art. 4.1 LSCM que:

*«Las subvenciones que se concedan por la Comunidad de Madrid lo serán*

*— con arreglo a criterios de publicidad, concurrencia y objetividad,*

*— respetando en todo caso las normas que les afecten de la Comunidad Europea, especialmente las reguladoras de la libre competencia y teniendo en cuenta las directrices emanadas por la Comisión de la Comunidad Europea en materia de ayudas públicas a empresas»*

Por lo que respecta al procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva, la LGS lo regula en los artículos 23 a 27, sin que ninguno de ellos tenga carácter básico, por lo que su contenido no será de aplicación en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

En todo caso podemos decir que constituye un procedimiento administrativo especial, al que se aplicaría con carácter supletorio la LRJAP, 30/1992, estableciendo los trámites esenciales mínimos que han de respetarse en todo caso junto con otros trámites, digamos potestativos, que las bases reguladoras podrán prever en atención a la naturaleza de la subvención y al procedimiento de selección de beneficiarios que se pretenda implantar (como la preevaluación de solicitudes, art. 24.3.b); la petición de informes art. 24.3.a); o la reformulación de la solicitud art. 27).

Con anterioridad a la LGS, el procedimiento de concesión estaba regulado por el Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, que seguirá siendo de aplicación en cuanto no contradiga las disposiciones recogidas en la LGS, conforme a lo ordenado en la Disposición Derogatoria de la citada Ley.

La LGS recoge como fases:

La iniciación, que a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la CM, se producirá siempre de oficio mediante convocatoria aprobada por el órgano competente, art. 23 LGS.

La instrucción, que corresponderá al órgano que se designe en la convocatoria, art. 24 LGS

La resolución, art. 25 LGS, que habrá de notificarse a los interesados, art. 26 LGS.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid seguirá rigiendo el procedimiento establecido en el Decreto 76/1993 que recoge igualmente las tres fases de iniciación, instrucción y resolución.

### 1. Iniciación: art. 5 D. 76/93.

A diferencia de lo que establece el art. 23 LGS para la Administración General del Estado, en la Comunidad de Madrid el procedimiento para la concesión de subvenciones se inicia siempre a solicitud del interesado, que deberá ser formulada de acuerdo con lo establecido en el art. 70 LRJAP y conforme, en su caso, al modelo que señalen las bases o la convocatoria.

Esta forma de iniciación del procedimiento ha de considerarse vigente pues, como decimos, la iniciación de oficio mediante convocatoria se establece en el art. 23 LGS que no tiene carácter básico.

Sin embargo, puede ocasionar problemas en orden a la determinación del régimen aplicable a una determinada subvención, pues si pensamos en el régimen transitorio establecido en la LGS, a una misma convocatoria, aprobada antes de la finalización del periodo transitorio de adaptación de la normativa autonómica a la LGS, le sería de aplicación distinto régimen normativo, según se trate de solicitudes presentadas antes de la finalización de este periodo transitorio o después, lo que implicaría un tratamiento jurídico diferente a solicitudes formuladas al amparo de unas mismas bases reguladoras y convocatoria. Es por ello, que, en rigor, consideramos más lógica y coherente la postura acogida por el artículo 23 LGS que determina el inicio del procedimiento de oficio, por medio de la correspondiente convocatoria.

El art. 23 LGS alude también a la presentación telemática de solicitudes y a la posibilidad de que la normativa reguladora de la subvención, las bases reguladoras, puedan admitir la sustitución de la presentación de determinados documentos por una declaración responsable del solicitante, si bien en estos casos, con anterioridad a la propuesta de resolución de concesión de la subvención se deberá requerir la presentación de la documentación que acredite la realidad de los datos contenidos en la citada declaración, en un plazo no superior a 15 días.

### 2. Instrucción. Art. 6 D. 76/93

El art. 24 LGS nos dice que será órgano competente para la instrucción del procedimiento el que se designe en la convocatoria.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el Decreto 76/93 alude al «*órgano competente para la instrucción*»<sup>23</sup>, si bien como el art. 17.3.g) LGS, que tiene carácter básico, exige que consten en las bases reguladoras los órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del procedimiento de concesión, es evidente que será en dichas bases donde se determine la citada competencia.

Junto a otras actividades, la instrucción podrá comprender:

- La solicitud de informes
- La realización de actividades de inspección
- La realización de entrevistas con los interesados

En cuanto a los Informes preceptivos podemos citar que los apartados a) y b) del art. 4.1 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, exige de forma preceptiva el informe de los Servicios Jurídicos para la aprobación de las bases reguladoras, por su naturaleza de disposición general, así como de los convenios que instrumentan la concesión de subvenciones y que hayan de formalizarse por escrito.

### 3. Resolución: Art. 7 D. 76/93

Elaborada la propuesta de resolución<sup>24</sup>, y de acuerdo con el art. 89 LRJAP, y en su caso, en la correspondiente norma o resolución de convocatoria, el órgano competente resolverá el procedimiento de concesión.

El art. 17 LGS, básico, exige que quien sea éste órgano figure en las bases reguladoras, si bien en la Comunidad de Madrid, su determinación general está establecida con carácter general en el art. 4.1 del Decreto 76/93 y en el art. 7 LSCM, atribuyendo la competencia, según los casos, a:

- a) Los Consejeros.
- b) Los órganos rectores de las Entidades de Derecho Público.

<sup>23</sup> Ya que recaerá en el órgano que designe el órgano competente para resolver (art. 4.2 D. 76/93) lo que sigue vigente sin más especialidad que su determinación, que ha de hacerse constar en las bases reguladoras por mandato del art. 17.LGS, cuestión que ya exigía el art. 2.f del D. 222/98 y el art. 6.1.i) LSCM.

<sup>24</sup> Conforme al art. 4.3 D. 76/93, para los procedimientos de concurrencia competitiva, la propuesta de resolución corresponderá al órgano colegiado correspondiente, lo que exige igualmente el art. 22.1 LGS de carácter básico, debiendo constar la composición de este órgano colegiado en las bases reguladoras, lo que en el ámbito de la Comunidad de Madrid ya exigía el art. 2.4 D. 222/98.

El plazo para resolver deberá fijarse en las bases reguladoras, pues el art. 2.º D. 222/98 exige que se incluya en las mismas «El plazo máximo de resolución de las convocatorias, con expresión de los efectos de la falta de resolución en plazo».

Junto a esta exigencia plasmada en la legislación de la Comunidad de Madrid el art. 17 LGS, de carácter básico, establece que las bases reguladoras deberán señalar el «plazo en que será notificada la resolución de concesión de la Subvención».

La notificación se realizará individualmente al interesado pudiendo, en todo caso, efectuarse mediante publicación en el BOCM, o en los tablones de anuncios o a través del medio de comunicación que se indique en las bases reguladoras o en la convocatoria (art. 7.5 del Decreto 76/93), constituyendo un supuesto típico de publicación sustitutiva a que alude el artículo 59.6.b) de la LRJAP, 30/1992.

##### 5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE CONCESIÓN DIRECTA Y ESTUDIO DE LA PROBLEMÁTICA QUE GENERA LA EXISTENCIA DE SUPUESTOS ESPECIALES EN LA NORMATIVA AUTONÓMICA: CASO DE LA LEY 2/1995, DE 8 DE MARZO, DE SUBVENCIONES DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Al procedimiento de concesión directa se refiere el art. 28 LGS, debiendo mencionar que con algunas matizaciones, el Consejo de Estado propuso que este artículo tuviera carácter básico, lo que sin embargo no fue acogido por la Ley<sup>27</sup>.

Sin embargo, los supuestos en que cabe la concesión directa vienen recogidos en el art. 22.2 LGS, que si tiene carácter básico:

«podrán concederse de forma directa las siguientes subvenciones:

- Las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.
- Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesta a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el

<sup>27</sup> El art. 28.2 LGS prevé que el Gobierno regule las subvenciones de concesión directa mediante un Real Decreto, si bien, al dictarse esta norma reglamentaria en desarrollo de la previsión recogida en este precepto, que no tiene carácter básico, una vez aprobada esta normativa, no sería de aplicación directa a las demás Administraciones públicas, salvo que constituyera complemento necesario a lo que dispone el art. 22 LGS.

procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa.

- En este tipo de subvenciones, todas las solicitudes que reúnan las condiciones establecidas en la Ley habilitante tendrán derecho a recibir la subvención de forma que la percepción de la subvención por parte de un determinado número de beneficiarios no puede lesionar o menoscabar el derecho del resto a percibir la subvención en las mismas condiciones, como ocurre con la Leyes de ayudas a las víctimas del terrorismo.
- Con carácter excepcional<sup>28</sup>, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, la concesión directa viene recogida en el artículo 4.2 de nuestra Ley de Subvenciones, si bien en cuanto a la normativa autonómica aplicable hemos de decir que como pone de manifiesto el art. 1.3 del Decreto 222/1998, la regulación contenida en el mismo no es de aplicación a las subvenciones a que se refiere el art. 4.2 LSCM, es decir, a las subvenciones de concesión directa o nominativas, a las que tampoco les es de aplicación el procedimiento previsto en el Decreto 76/93, por la propia naturaleza de las subvenciones que se han de conceder de forma directa y en base a la expresa previsión recogida en el art. 2.3 del citado Decreto

Conforme al citado art. 4.2. LSCM:

- «No será necesaria publicidad cuando las subvenciones:
- Tengan asignación nominativa<sup>29</sup> en los Presupuestos Generales de la Comunidad.
  - Cuando su concesión y cuantía resulten impuestos en virtud de normas de rango legal»

En este apartado se recogen los dos primeros supuestos a que alude el art. 22.2. LGS, de carácter básico.

Sigue diciendo el art. 4.2 LSCM, en su redacción dada por la Ley de 2/2004, de 31 de mayo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid que:

<sup>28</sup> Este supuesto constituye la excepción de la excepción pues se aplicará con carácter excepcional, dentro del procedimiento de concesión de forma directa, que a su vez constituye la excepción respecto a la regla de concurrencia competitiva.

<sup>29</sup> El que la subvención sea nominativa implica por su propia esencia la exclusión de concurrencia.

«Asimismo, no será necesaria publicidad<sup>28</sup> cuando los beneficiarios sean: (requisito subjetivo):

- Universidades públicas
- Corporaciones
- o entidades locales
- y el objeto de la subvención se halle incluido en planes o programas<sup>29</sup> previamente establecidos y aprobados en cuyo caso dichos planes sustituirán a las bases reguladoras» (requisito objetivo).

Debemos analizar a continuación la **tipología de los beneficiarios** de este tipo de subvenciones.

Según el art 2 de la Ley Orgánica de Universidades 6/2001, de 21 diciembre:

*«Las Universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas».*

Las **Universidades públicas**, tienen la consideración de entidad pública a los efectos del art 3.1.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio<sup>30</sup>, no ostentando esta consideración las Universidades privadas.

En cuanto a las **Corporaciones** la referencia lo es a la Administración corporativa, Cámaras Oficiales y Colegios Profesionales básicamente.

Los Colegios Profesionales están reconocidos en el artículo 36 de la Constitución Española, conforme al cual:

*«La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.»*

<sup>28</sup> Se exceptúa en estos casos el requisito de la publicidad, pero no el de la concurrencia, de ahí que al art. 4.2 LSCM disponga que los planes o programas previamente establecidos y aprobados sustituirán a las bases reguladoras, aunque por la naturaleza de los beneficiarios la concurrencia va a quedar excluida igualmente.

<sup>29</sup> El programa es un plan general de subvenciones, siendo insuficiente a estos efectos la previsión de la Ley de Presupuestos al hablar de partida y programa.

<sup>30</sup> Sin perjuicio de que las Universidades puedan concurrir, en condiciones de igualdad, con los restantes sujetos, con la única salvedad de quedar exentas del requisito de clasificación según se desprende del art 26.1 y la Disposición Adicional 12ª del TRLCAP, en relación con el art 83 y la Disposición Adicional 21ª de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

Este precepto constitucional tiene por objeto, como declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de febrero de 1988 (STC 20/1988):

*«singularizar a los Colegios Profesionales como entes distintos de las asociaciones que, al amparo del artículo 22, puedan libremente crearse, remitiéndose la norma constitucional a la ley para que ésta regule las peculiaridades propias del régimen jurídico de las organizaciones colegiales, con el mandato de su estructura interna y funcionamiento habrán de ser democráticos».*

La Constitución no impone en el artículo 36 un único modelo de Colegio Profesional, sino que deja en libertad al legislador para configurarlos de la manera más conveniente para la satisfacción de los fines privados y públicos que persiguen, dentro del respeto debido a las normas constitucionales y a los derechos y libertades en ella consagrados.

Los Colegios Profesionales son corporaciones sectoriales que atienden a la defensa y promoción de los legítimos intereses particulares de sus miembros<sup>31</sup>. Sin embargo, los mismos vienen desarrollando históricamente funciones de indiscutible interés público que la Ley pretende reforzar a fin de que los Colegios Profesionales constituyan un instrumento eficaz para la satisfacción de los fines de interés general relacionados con el ejercicio de las profesiones colegiadas entre los que destacan, singularmente, la formación y perfeccionamiento de los colegiados, así como la mejora de la calidad de las prestaciones profesionales de los mismos.

Esta dimensión pública de los entes colegiales llevó al legislador a configurar los Colegios Profesionales como personas jurídico-públicas o Corporaciones de Derecho Público<sup>32</sup>. Esta configuración determina cuál ha de ser la Ley a que se refiere el artículo 36 de la Constitución, que establezca el régimen jurídico aplicable a los mismos.

Esta conclusión se funda en la equiparación que, en los aspectos organizativos y competenciales, existe entre los Colegios Profesionales y las Administraciones públicas de carácter territorial, que deter-

<sup>31</sup> El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 5 de agosto de 1983 (STC 76/1983), declaró que: «corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de ajustarse su organización y competencias las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses profesionales».

<sup>32</sup> En cuanto a la naturaleza de los Colegios Profesionales, la Ley 2/1974, de 13 febrero, de Colegios Profesionales ya los define como Corporaciones de Derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

mina la aplicabilidad a los entes colegiales del artículo 149.1.18.ª de la Constitución.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en su artículo 27.6, atribuye a la misma la competencia de desarrollo legislativo, la potestad reglamentaria y la ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, respecto de las Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales.

En consecuencia, el régimen jurídico de los Colegios Profesionales madrileños está integrado por la legislación básica del Estado, contenida en la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, y por el Real Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, y por la normativa que, en desarrollo de la misma, dicten las diferentes Comunidades Autónomas, en el caso de la Comunidad de Madrid, contenida especialmente en la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales, cuyo artículo 2 define igualmente a los Colegios Profesionales y a los Consejos de Colegios como Corporaciones de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Por lo que respecta a las relaciones con la Comunidad de Madrid dispone el Artículo 5 de la citada ley autonómica:

*«1. Los Colegios Profesionales ejercerán, además de sus funciones propias, las competencias administrativas que les atribuya la legislación estatal y autonómica.»*

*2. La Comunidad de Madrid podrá encomendar a los Colegios Profesionales la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de su propia competencia, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Esta encomienda de gestión deberá formalizarse mediante la firma del correspondiente convenio, del cual se dará cuenta a la Asamblea de Madrid.»*

*3. La Comunidad de Madrid podrá suscribir con los Colegios Profesionales convenios de colaboración para la realización de actividades de interés común, y para la promoción de actuaciones orientadas a la defensa del interés público, y en especial, de los usuarios de los servicios profesionales de los colegiados».*

Finalmente hemos de referirnos a las **Entidades Locales**. Conforme al art. 3 de la Ley de Bases de Régimen Local, 7/1985, de 2 de abril:

*«Son entidades locales territoriales:*

- a) El Municipio.
- b) La Provincia.
- c) La Isla en los archipiélagos balear y canario.

*Gozan, asimismo, de la condición de entidades locales:*

- a) Las Entidades de ámbito territorial inferior al municipal, instituidas o reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de esta Ley.
- b) Las Comarcas u otras entidades que agrupen varios Municipios, instituidas por las Comunidades Autónomas de conformidad con esta Ley y los correspondientes Estatutos de Autonomía.
- c) Las Áreas Metropolitanas.
- d) Las Mancomunidades de Municipios».

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, señala el art 2 de la ley de Administración Local de la Comunidad, bajo la rúbrica de «Entidades Locales de la Comunidad de Madrid», que:

*«El Municipio es la Entidad Local básica de la Comunidad de Madrid.»*

*También son Entidades Locales de la Comunidad de Madrid, en los términos previstos en esta Ley y las normas que la desarrollen:*

- a) Las mancomunidades de Municipios.
- b) Las Entidades Locales Menores.

*Por Ley de la Asamblea de Madrid podrán asimismo crearse:*

- a) Comarcas.
- b) Áreas y Entidades Metropolitanas.
- c) Otras agrupaciones de Municipios.

*Estas entidades gozan de personalidad jurídica propia y ejercen las potestades administrativas que determine la Ley».*

A nuestro juicio estas son las únicas entidades que pueden tener la consideración de beneficiarios del tipo de subvenciones a las que nos estamos refiriendo, de forma que quedarían excluidos por ejemplo, las entidades que integran la llamada Administración Institucional Local, es decir, que un organismo autónomo local, al no ser Entidad

Local, no podría tener la consideración de beneficiario a los efectos de lo previsto en el artículo 4.2 LSCM.

Distinta es la postura de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid que en base a la regulación contenida en la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, Ley 2/2003, de 11 de marzo, y al ser a través de la técnica convencional, como por regla general se establece la colaboración entre las Administraciones estatales y autonómicas y las locales, admite dentro del concepto de Entidad Local, a efectos de ser beneficiaria de estas subvenciones, las distintas manifestaciones de su Administración institucional, como Administración de las Entidades Locales.

En todo caso, el objeto de la entidad beneficiaria, sea territorial institucional<sup>33</sup>, habrá de guardar una conexión directa con la finalidad de la subvención, lo que se acreditará a través de sus Estatutos y normas reguladoras.

El párrafo tercero del art. 4.2 LSCM se refiere al último supuesto de concesión directa recogido en el art. 22.2.c) LGS señalando que:

*Tampoco será necesario el requisito de publicidad y concurrencia cuando*

- *Con carácter excepcional*
- *Se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas.*
- *Que dificulten su convocatoria pública.*

Hasta aquí coincide con lo dispuesto con carácter básico en la LGS, pero a ello se añade en la legislación autonómica como requisitos adicionales:

- Que los beneficiarios sean entidades sin ánimo de lucro
- Y se formalicen convenios o acuerdos de colaboración sin contraprestación con dichas entidades, cuya celebración deberá ser autorizada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Piénsese por ejemplo en el caso de una Mancomunidad de Municipios. Habrá de constatarse debidamente a través de sus Estatutos que dentro de sus fines se encuentra la actividad que motiva el otorgamiento de la subvención.

<sup>34</sup> La autorización será a propuesta del órgano competente para conceder la subvención, previo informe de la Consejería de Hacienda cuando se refiera a créditos de los presupuestos de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos y Entes Públicos cuya normativa específica confiera carácter limitativo a los créditos de su presupuesto de gastos. En las subvenciones concedidas con cargo a las dotaciones de los presupuestos de las Empresas Públicas y demás Entes Públicos el informe corresponderá al titular de la Consejería de la que dependan o a la que estén adscritos. De las actuaciones realizadas al amparo de este párrafo se dará cuenta trimestralmente a la Comisión de Presupuestos y Hacienda de la Asamblea.

La celebración de estos convenios se habrá de ajustar a las previsiones contenidas en el Acuerdo de 16 de octubre 2003 del Consejo de Gobierno por el que se regula la actividad convencional de la Comunidad de Madrid<sup>35</sup>, constituyendo el texto que, para nuestra Comunidad, recoge y completa las distintas reglas existentes en la materia, de una forma unitaria, ordenada y coherente<sup>36</sup>, cuyo criterio 6.3 establece que «los convenios administrativos con entidades sin ánimo de lucro que instrumentan la concesión de subvenciones sin contraprestación, al amparo de lo establecido en el art. 4.2. LSCM, deberán hacer referencia expresa a esta circunstancia y a la consiguiente aplicabilidad a la subvención del régimen jurídico correspondiente a su naturaleza».

## 6. LOS CONVENIOS COMO INSTRUMENTO PARA LA CANALIZACIÓN DE SUBVENCIONES NOMINATIVAS

La concesión directa de subvenciones podrá realizarse a través de:

- Una resolución u Orden comunicada.
- De un Convenio, que en la Administración General del Estado constituye el instrumento habitual para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, conforme al art. 28.1 LGS que no tiene carácter básico. Debemos entender que para las demás Administraciones, los convenios han de ser igualmente el cauce habitual para la concesión de subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales, no en base al art. 28 LGS, que no tiene carácter básico, sino al art. 22.2.a) LGS, que sí que tiene carácter básico y alude expresamente a los convenios como instrumento que ha de recoger los términos en que han de producirse.

En el Derecho español, el término «convenio» es utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, que no pretende remitir a una precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refiere, sino sólo expresar que en la formación de dicho acto jurídico intervienen voluntades concurrentes de dos o más sujetos.

<sup>35</sup> Según el criterio 2.2 del citado Acuerdo del Consejo de Gobierno se entiende por Administración de la Comunidad de Madrid las Consejerías, los Organismos Autónomos, las Entidades de Derecho Público y demás Entes públicos.

<sup>36</sup> Conforme al criterio primero del citado Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid tiene como objeto determinar las reglas que han de seguirse para la tramitación, formalización y registro de los convenios administrativos que celebre la Administración de la Comunidad de Madrid con cualquier otra persona pública o privada, de acuerdo con la legislación correspondiente.

Cual sea el valor que a esas voluntades deba conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estemos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir de la utilización, por el ordenamiento o las partes, del término «convenio».

Tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de «convenio», «concierto», «acuerdo», «protocolo», o alguno semejante, muchas veces pretende, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquello que se sitúa bajo estos términos.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, de 26 de noviembre de 1992 (LRJAP), dedica su Título I a las relaciones entre Administraciones Públicas ya que el modelo de organización territorial del Estado implantado por la Constitución de 27 de diciembre de 1978 ha determinado, como expresa el número 6 de la exposición de Motivos de la citada LRJAP, la coexistencia de una diversidad de Administraciones que proyectan su actividad sobre el mismo ámbito territorial, personal y, en ocasiones, material, actividad que debe cumplir criterios de eficacia sin menoscabo de las respectivas competencias.

Como una de las técnicas diseñadas para conseguir estos fines la LRJAP recoge los convenios de colaboración, que en este caso serían del tipo denominado por la doctrina convenio-subsunción, es decir, convenios celebrados para articular todas aquellas subvenciones que se otorgan a entidades públicas o privadas en las que no se cumplen los requisitos de publicidad y concurrencia exigidos al resto de subvenciones, respondiendo a lo que se ha llamado también subvenciones paccionadas<sup>37</sup> y cuyo instrumento de regulación sería un convenio de colaboración.

La regulación de los Convenios de Colaboración en nuestro Ordenamiento Jurídico se contiene en los arts 6 y 8 de la LRJAP, la Ley 30/92, que parecen remitir, *prima facie*, a un acto jurídico de naturaleza contractual, que se perfecciona por la manifestación del consentimiento por las partes y que produce el efecto de vincular a las mismas a cumplir con lo pactado, así podemos aludir a la *Sentencia del*

<sup>37</sup> El término de subvenciones paccionadas lo recoge la normativa presupuestaria, en concreto la regla 84 de la Instrucción de la operativa contable a seguir en la ejecución del gasto del Estado, aprobada por Orden de 1 de Febrero de 1996, dice que son subvenciones paccionadas las que se derivan de la formalización de contratos-programa, convenios de colaboración y de otros pactos entre la Administración General del Estado y otras entidades.

*Tribunal Supremo de 3 de julio de 1998 (Ar 2482)*, referida a un convenio para posibilitar la prestación de un servicio público, según la cual:

«...tiene la naturaleza de una acción concertada, nacida de la libre determinación de las partes y, por tanto, vinculante para las mismas conforme al principio general del derecho «pacta sunt servanda»...»

Sin embargo, hemos de decir que aunque estos convenios tienen ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto responden como éstos a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinado objetivo y orientadas a una específica finalidad, rebasan o exceden el específico concepto de éstos, aun en su calidad administrativa, por las características y circunstancias de los concurrentes, que si de un lado tienen una postura oficial o de autoridad, aunque no absolutamente identificable, de otro lado excluyen la postura de *imperium* característica de la Administración en los contratos administrativos, circunstancia esta determinante de una cierta situación de igualdad entre ambas partes, excluyente tanto de la posibilidad de actuación de *ius variandi* de la Administración, cuanto de quedar reservada a los Tribunales la facultad impositiva en cuanto a la ejecución de lo pactado, si ello no se lleva a término por las partes interesadas de común acuerdo.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RDL 2/2000, de 16 de julio, menciona en el artículo 3.1,c) como negocio o contrato excluido de esta regulación, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, a los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, *siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 y en el art. 3.1,d) «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».*

Al contenido de estos convenios alude al art. 28 LGS que, aunque no tiene carácter básico, puede servir de referencia al resto de Administraciones públicas:

«La resolución de concesión y, en su caso, los convenios a través de los cuales se canalicen estas subvenciones establecerán las condiciones y compromisos aplicables de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

Los convenios serán el instrumento habitual para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, o en los de las corporaciones locales, sin perjuicio de lo que a este respecto establezca su normativa reguladora.

El Gobierno aprobará por Real Decreto, a propuesta del Ministro competente y previo informe del Ministerio de Hacienda, las normas especiales reguladoras de las subvenciones reguladas en el párrafo c) del apartado 2 del artículo 22 de esta Ley.

El Real Decreto a que se hace referencia en el apartado anterior deberá ajustarse a las previsiones contenidas en esta Ley, salvo en lo que afecte a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, y contendrá como mínimo los siguientes extremos:

a) Definición del objeto de las subvenciones, con indicación del carácter singular de las mismas y las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario y aquellas que justifican la dificultad de su convocatoria pública.

b) Régimen jurídico aplicable.

c) Beneficiarios y modalidades de ayuda.

d) Procedimiento de concesión y régimen de justificación de la aplicación dada a las subvenciones por los beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras.»

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, conforme al criterio 6.1 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de octubre de 2003:

«Todos los convenios administrativos que se formalicen, sean o no interadministrativos, con exclusión de los protocolos generales, deberán especificar los extremos previstos en el artículo 6.2 de la Ley 30/1992<sup>38</sup>, de 26 de

<sup>38</sup> Señala el artículo 6.2 de la Ley 30/1992 que: «Los instrumentos de formalización de los convenios deberán especificar: a) Los órganos que celebran el convenio y la capacidad jurídica con la que actúa cada una de las partes. b) La competencia que ejerce cada Administración. c) Su financiación. d) Las actuaciones que se acuerden desarrollar para su cumplimiento. e) Necesidad o no de establecer una organización para su gestión. f) El plazo de vigencia, lo que no impedirá su prórroga si así lo acuerdan las partes firmantes del conve-

noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para los convenios interadministrativos», salvo los Convenios formalizados con Entidades Locales que deberán ajustarse a lo establecido en el art 135 de la Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, 2/2003, de 11 de marzo<sup>39</sup>.

En todo caso deberá incluirse en estos convenios referencia expresa a que instrumentan la concesión de subvenciones sin contraprestación a la entidad de que se trata así como a la aplicabilidad a la subvención del régimen jurídico correspondiente a su naturaleza.

Finalmente destacar que, a nuestro juicio, es especialmente importante, que en el texto de estos convenios se recojan de forma bien definida todos los aspectos que definen a la subvención, lo que permitirá a la Administración ejercer un control adecuado sobre la ejecución o aplicación de los fondos y el cumplimiento o satisfacción del interés público que se persigue con la subvención. Esta finalidad se logrará articulando debidamente y con el detalle que en cada caso se estime preciso y necesario, los requisitos configuradores del concepto de subvención a que se refiere el art 2.1 LGS y especialmente el recogido en el apartado b):

«Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comporta-

nio. g) La extinción por causa distinta a la prevista en el apartado anterior, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para el supuesto de extinción.»

<sup>39</sup> Cuando se trate de Convenios con Entidades Locales, de forma específica señala el art. 135 de la citada Ley de Administración Local de la Comunidad de Madrid, 2/2003, de 11 de marzo, que: «La Comunidad de Madrid y las Entidades Locales madrileñas podrán celebrar entre sí los convenios que tengan por conveniente en asuntos de su interés común de acuerdo con los principios establecidos en este título y sin más limitaciones que las establecidas por la Ley y el debido respeto a la autonomía de las entidades que los celebren. Los Convenios deberán formalizarse en documento administrativo suscrito por el Presidente de la Comunidad de Madrid o Consejero competente por razón de la materia y los Presidentes de las Entidades Locales, y en ellos deberán constar, al menos, los siguientes extremos: a) Entes u órganos que celebren el convenio y capacidad jurídica con la que actúan cada una de las partes, haciendo constar, en su caso, los acuerdos que autorizan su intervención. b) Obras, actividades o servicios a los que se refiere el convenio, con expresión del título competencial que sobre los mismos tienen las partes intervinientes. c) Memoria justificativa de la conveniencia o necesidad del convenio. d) Instrumentos o formas de financiación. e) Duración. f) Órganos a los que, en su caso, se encomienda la vigilancia del cumplimiento y gestión del convenio. g) Causas y procedimiento de extinción. Sin perjuicio del deber general de comunicación previsto en el art. 113 de esta Ley, de los convenios celebrados entre Entidades Locales o entre éstas y el Estado o la Comunidad de Madrid, se dará comunicación a aquellas otras Administraciones que, resultando interesadas, no hayan intervenido en el mismo, a los efectos de mantener una recíproca y constante información.»



miento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido».

## EL PATRIMONIO PROTEGIDO DEL DISCAPACITADO EN LA NUEVA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE. UNA ALTERNATIVA DE FINANCIACIÓN PRIVADA

POR

ANA I. BERROCAL LANZAROT

DOCTORA EN DERECHO. PROFESORA DE DERECHO CIVIL. U.C.M.

**SUMARIO:** 1. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE. 2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LA LEY 41/2003. 2.1. Acreditación de la discapacidad. 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN LA LEY 41/2003. 4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. SU RÉGIMEN JURÍDICO. 4.1. Elementos personales. 4.2. Elementos reales. Contenido del patrimonio. 4.3. Elementos formales. Forma de constitución del patrimonio. 5. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. 6. SUPERVISIÓN Y CONTROL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. 7. PUBLICIDAD REGISTRAL. 8. EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. EFECTOS SOBRE EL PATRIMONIO. 9. EL PAPEL RELEVANTE DEL MINISTERIO FISCAL. SU INTERVENCIÓN SEGÚN LA LEY 41/2003. 10. ASPECTOS FISCALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. MODIFICACIONES DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA. 11. OTRAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL PREVISTAS EN LA LEY 41/2003. 12. CONCLUSIÓN.

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES. LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

El año 2003 ha sido declarado «Año Europeo de las Personas con Discapacidad», lo que ha sido aprovechado por el legislador español para dictar un buen número de Disposiciones tanto públicas como privadas dirigidas a mejorar la situación vital de las personas con discapacidad, así como su acceso al mercado laboral.

Así, merecen destacarse especialmente dos leyes: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad (en adelante, LPPD)<sup>1</sup>; y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, LIONDPD)<sup>2</sup>.

Ambas normas se fundamentan en el artículo 49 de la Constitución Española, dirigido a los poderes públicos para que procuren la prestación de atención especializada que requieran las personas con discapacidad, y del amparo especial para el disfrute de sus derechos,

<sup>1</sup> BOE, núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, pp. 40852 a 40863.

<sup>2</sup> BOE, núm. 289, de 3 de diciembre de 2003, pp. 43187 a 43195.

adoptando políticas que permitan la efectiva integración de los minusválidos mediante su protección integral; y, en los artículos 9.2, 10 y 14 del mismo cuerpo legal. Asimismo, sin olvidar el papel decisivo que corresponde a la Administración central y a la Autonómica en materia de protección de los discapacitados, ceden protagonismo a la iniciativa privada.

Lo cierto es que la atención específica de los discapacitados en España en todos los niveles que alcanza la misma, se ha venido sustentando hasta ahora en una doble vía: por una parte, los poderes públicos, a través de políticas sociales con una clara inspiración *ius publicista*, esto es con una visión paternalista del Estado, ponen a disposición de los discapacitados, medios económicos, bien a través de servicios dirigidos al colectivo de personas afectadas, bien articulando instrumentos materiales a su favor como los beneficios fiscales o las subvenciones; y, por otra, se ha actuado sobre las familias con el consiguiente sacrificio y coste económico que esto les supone.

Al lado de esta asistencia económica familiar, con la LPPD se proporciona una nueva vía de financiación, igualmente, de carácter privado, para suplir las necesidades vitales de los discapacitados, y garantizar su futuro, al prever la constitución de un patrimonio propio —patrimonio protegido— que va a costear económicamente tales necesidades. La masa o conjunto de bienes y derechos que lo componen va quedar sujeta a un régimen legal específico de creación, y administración, como, asimismo, va a estar sometido a una supervisión o control público, y a un tratamiento fiscal favorable. Precisamente, la modificación de algunas normas tributarias con el objeto de incentivar las aportaciones al patrimonio no sólo por parte del constituyente, sino también por terceras personas, es la única intervención pública, pues lo que representa la regulación legal de las aportaciones económicas es de índole estrictamente privada.

Este reconocimiento legal de nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en el aspecto patrimonial, que constituye uno de los elementos que más repercuten en su bienestar viene, esencialmente, a dar solución a la creciente preocupación entre los familiares más directos de este colectivo de afectados, preocupados siempre no sólo por su actual calidad de vida, sino sobre todo y muy especialmente, por su situación en el futuro, cuando ellos no estén o, no puedan atenderlo, por las circunstancias ante las que se encuentran.

Por su parte, la LIONDPD, en su estrategia de «lucha contra la discriminación» y la de «accesibilidad universal», aunque mantiene sectores de actuación pública; sin embargo, impone también la carga económica a los empresarios y a los particulares en general. Así, la

reforma de algunos preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal supone la adjudicación a las Comunidades de Propietarios del coste de las obras de accesibilidad para el uso de elementos comunes o instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la comunicación con el exterior, siempre que dichas obras o instalación de dispositivos mecánicos no superen un coste máximo establecido de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente. Igualmente, la modificación que esta Ley hace del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, al incluir un nuevo período de excedencia para atender a los familiares discapacitados o enfermos, que no pueden valerse por sí mismos, y no realicen actividad remunerada; como de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en relación con la supresión de la disminución de la capacidad de trabajo en la determinación de grado mínimo de minusvalía concerniente a las medidas de fomento del empleo y las modalidades de contratación.

Como precedentes de estas normas, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), que, sin poner en cuestión su vigencia, trascurridos más de veinte años, era necesario completarla y dar un renovado impulso a las políticas de equiparación y protección de las personas con discapacidad. Se fundamentaba ya en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en la legislación para la integración social de los disminuidos recogida en la declaración de derechos del deficiente mental, aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, y en la declaración de derechos de los minusválidos, aprobada por la Resolución 3447 de dicha Organización, de 9 de diciembre de 1975; y, asimismo, partía del hecho claro que, tanto la Administración del Estado, como las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, no sólo debían ocuparse de prestar los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos de los discapacitados; sino también, debían amparar la iniciativa privada sin ánimo de lucro, colaborando en el desarrollo de estas actividades mediante asesoramiento técnico, coordinación, planificación y apoyo económico. Especial atención recibían las instituciones, asociaciones y fundaciones sin fin de lucro, promovidas por los propios minusválidos, sus familiares o sus representantes legales.

A esta protección integral de los discapacitados a que apuntan estas últimas reformas no es ajeno el derecho privado, pues, el artículo 215 del Código Civil enumera las instituciones de guarda tanto de la persona o los bienes, o solamente de la persona o de los bienes de

los menores o incapacitados a través de las cuales se va a hacer efectiva la protección de aquéllos, y, al mismo tiempo, es un efecto propio de las declaraciones constitucionales de protección de los discapacitados<sup>3</sup>.

En este contexto, y siendo conscientes de la importancia de un estudio global y en profundidad de toda la normativa citada, en la presente investigación nos vamos a centrar, solamente, en el estudio de la LPPD, y más en concreto, en la regulación que del patrimonio protegido nos ofrece el legislador, para garantizar tanto al discapacitado como a sus familiares, la existencia de medios económicos para la satisfacción de las futuras necesidades de aquél. Tal y como se indica en su Exposición de Motivos, con la actual regulación, se pretenden crear nuevos mecanismos de protección para las personas con discapacidad, centrados en el aspecto patrimonial, y en particular, en la aportación de medios económicos privados. Parte esta Ley, precisamente en relación con el patrimonio protegido, de dos principios básicos: el beneficio o interés del discapacitado, presente en todo momento, como interés que predomina frente a otros considerados de menor entidad; y, en segundo lugar, que este patrimonio, incluyendo la solicitud de su creación, administración y extinción, se llevan a cabo bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y la salvaguarda de la autoridad judicial<sup>4</sup>. Nos interesa, pues, destacar en este análisis, esencialmente, cómo se constituye ese patrimonio, cómo y quien lo administra, quien aporta bienes al mismo, cómo se estructura ese control o supervisión de la administración realizada, cómo se extingue esta masa patrimonial; y, en fin, las ventajas fiscales que, eventualmente, se puedan derivar de su constitución.

Se estructura esta Ley en tres capítulos, dos disposiciones adicionales y tres finales. En el capítulo I que lleva la rúbrica «*Patrimonio protegido de las personas con discapacidad*» recoge la regulación completa del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad. Consta este capítulo de 8 artículos, centrados en la definición del objeto y régimen jurídico, de los beneficiarios, constitución, aportaciones al patrimonio protegido, extinción, supervisión y constancia registral; el Capítulo II bajo el título «*Modificaciones del Cód-*

<sup>3</sup> Vid., Lucini Nicás J.A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *Actualidad Civil, segunda quincena, julio 2004*, n.º 14, p. 1622.

<sup>4</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *La protección Jurídica de las Personas con Discapacidad (Estudio de la Ley 42/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, AAVV, dirigido por Silvia Díaz Alabart, Ibermutuamur, Madrid, 2004, p. 91.

go Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil», donde se introducen en 6 artículos, y se incorporan distintas modificaciones de la legislación vigente en el Código Civil relativas a materia de derecho de familia y sucesiones con la finalidad de fomentar la protección patrimonial de estas personas, aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos a la satisfacción de las necesidades de estas personas o, en general, mejorar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. De ellas, destaca, en el *ámbito del derecho de familia*:

1) La regulación de la **autotutela**, es decir, la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia y futura incapacitación. Una institución que representa la autotutela, especialmente importante, en el caso de enfermedades degenerativas, como el alzheimer, la demencia senil. Al igual que los padres pueden adoptar medidas relativas a los bienes o la persona de sus hijos menores o incapacitados, no se ve obstáculo para que esta misma posibilidad se arbitre a favor de una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de que llegue a ser incapacitado. A tal fin en el artículo 9 de la Ley se propone: la modificación del artículo 223 del Código Civil al que se incorpora un apartado con el siguiente contenido: «*asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*»; del párrafo 1 del artículo 234 del mismo Cuerpo Legal referido al nombramiento del tutor, donde se preferirá «*1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223*»; y, del artículo 239 también del Código civil al que se le añade un nuevo párrafo, donde se establece un llamamiento a las entidades públicas encargadas de la tutela, para la asistencia material y personal de los incapacitados.

Por su parte, en relación con esta materia, el artículo 14 de esta Ley, prevé una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, orientada a modificar el apartado 1 del artículo 757, en materia de procesos sobre capacidad de las personas, al permitir que la declaración de incapacidad pueda promoverla el presunto incapaz.

2) En el artículo 11 de esta Ley se modifica de nuevo el Código Civil en **materia de mandato**, en concreto, el artículo 1732, al establecer que, pese a que una de las causas por las que se extingue el mandato, el poder, es la incapacidad sobrevenida del mandante, es decir, de quien otorga el poder, éste se puede mantener vigente, pese a

la incapacidad del mandante, si en el contenido del mismo se hubiera dispuesto expresamente su continuación; o el mandato, poder, se hubiera dado precisamente para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos dos casos citados, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

3) Se crea un nuevo capítulo II dentro del Título XII, del Libro IV del Código Civil, bajo la rúbrica «**Del contrato de alimentos**» que engloba los artículos 1791 a 1797. Se establece una regulación sucinta pero suficiente de los alimentos convencionales, es decir, de la obligación alimenticia surgida por pacto y no de la ley, a diferencia de los alimentos entre parientes regulados por los artículos 142 y siguientes de dicho cuerpo legal. La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la doctrina civilista y en la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, con la denominación de «contrato vitalicio»; como nos indica, la Exposición de Motivos de la Ley, «*amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos y permite a las partes que celebren el contrato cuantificar la obligación del alimentante en función de las necesidades vitales del alimentista*». Y ello se ve claramente por cuanto el contrato de alimentos, por un lado, supone, esencialmente, procurar al alimentista una prestación compleja de dar y hacer, plenamente diferenciado de la renta vitalicia, y, por otro, procura las atenciones, teniendo presente las actuales circunstancias del alimentista, por lo que es variable en la prestación<sup>5</sup>. Su utilidad resulta especialmente patente en el caso de que sean los padres de una persona con discapacidad quienes transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo con discapacidad, a través de una estipulación a favor de tercero del artículo 1257 del Código Civil.

Se entiende por *contrato de alimentos*: *aquel en que una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital de cualquier clase de bienes y derechos* (artículo 1791).

<sup>5</sup> Luna Serrano A., «Previsiones negociales de protección de las personas mayores», en González Porrás J.M., Gallego Domínguez I (Coord.), *Actas de las primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección de las personas mayores*, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000; Publicaciones obras Social y Cultural Caja Sur, Córdoba 2001, p. 46.

La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato, y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y de las necesidades del obligado, ni de las del caudal de quien los recibe (artículo 1793).

El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, relativo a la muerte del obligado a prestar los alimentos, la opción entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas de las obligaciones recíprocas. Si el alimentista opta por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato. El juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución con respecto a lo que dispone en el artículo 1796 pueda corresponder al alimentista, se aplaza total o parcialmente, en su propio beneficio por el tiempo y con las garantías que se determinen. Precisamente, de las consecuencias de la resolución del contrato, habrán de resultar para el alimentista, cuanto menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

Ahora bien, la obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero (artículo 1794).

De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiese sido prevista en el contrato, o de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente (artículo 1792).

Finalmente, cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito de que la falta de pago tenga el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria (artículo 1797).

Y, *en materia de régimen sucesorio*, se encuentran recogidas las modificaciones del Código Civil en materia de derecho sucesorio, en el artículo 10 de la presente Ley, y afecta expresamente a los artículos 756, 782, 813, 821, 822 del Código Civil. Así: a) se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder *in testato* el no haber prestado el causante las atenciones debidas durante su vida, entendiéndose por tales alimentos, los regulados por el título VI

del Libro I del Código Civil, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos; b) Se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado; c) Se otorga un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien, con la cautela de que este derecho de habitación legado o donado será intransmisible. Además, se concede al legitimario con discapacidad que lo necesite, un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación; d) Se reforma el artículo 831, con el objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De este forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia, cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad y aplazar dicha distribución a un momento posterior en que podrá tenerse en cuenta la variación de la persona con discapacidad; y, e) A fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad, se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 del Código Civil.

Un Capítulo III dedicado a la «*Modificación de la normativa tributaria*», en el que en tres artículos, se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos, reforzando de esta manera los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad, ha introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes.

Por lo que respecta a sus dos Disposiciones Adicionales, la primera determina la tramitación como actos de jurisdicción voluntaria de las actuaciones judiciales previstas en el capítulo I de esta Ley, sin que la oposición que pudiera hacerse a la solicitud promovida transforme en contencioso el expediente; y, la segunda señala como competencia de las Comunidades Autónomas la declaración de exención en el Impuesto sobre el patrimonio, de los bienes y derechos referidos en esta Ley.

Y, de sus tres Disposiciones Finales, la primera se refiere al título competencial al amparo del cual se dicta esta norma, en concreto, a «*lo dispuesto en el artículo 149.1.6<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup> de la Constitución*»; y, como se indica, asimismo, en el último párrafo, del apartado II de su Exposición de Motivos «*la regulación contenida en esta Ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las comunidades autónomas con derecho civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8<sup>a</sup> de la Constitución española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil*». Lo que, referente a las materias de Derecho de familia y sucesiones, y habida cuenta de la normativa existente en este campo de aquellas Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, donde se suele, además, conceder mayor libertad para disponer de sus bienes que la que ofrece el Código Civil, resulta lógico que la reforma que se establece en esta nueva Ley alcance sólo a este último cuerpo legal; sin embargo, no la tiene, en lo referente a patrimonio protegido, pues, como institución de nueva creación, en aras de lograr la igualdad para todos los discapacitados a la hora de acceder a cualquier mecanismo jurídico de protección que les pueda favorecer, no tiene sentido que el valor que se concede a la regulación de esta materia contenida en la Ley sea de aplicación meramente supletoria. Con ello se abre la posibilidad a un sinfín de normativa autonómica, que como en otros sectores de necesaria regulación unitaria, a lo único que contribuye es a incrementar el volumen de normas ya existente. De hecho, la Comunidad Autónoma de Valencia ha regulado el Estatuto de las Personas con Discapacidad, por Ley 11/2003, de 10 de abril<sup>6</sup>.

La segunda, remite al gobierno al desarrollo reglamentario de todas aquellas disposiciones necesarias de la Ley, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor; fijando ésta, en la Disposición Final tercera al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del

<sup>6</sup> Ha creado el Instituto Valenciano de atención a los Discapacitados (IVADIS), como entidad de Derecho Público encargada de la protección, tutela e inserción socio-laboral de los discapacitados.

Otras normas autonómicas a destacar: en Madrid, la ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos; en Castilla-La Mancha, la Orden de 15 de mayo de 1998, por la que se regulan los servicios de los centros base de atención a personas con discapacidad; en Galicia, el Decreto 69/1998, de 26 de febrero, de Atención Temprana a Discapacitados de la Comunidad Autónoma de Galicia; y, en Andalucía, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las personas con Discapacidad en Andalucía. Actualmente, se ha tomado como iniciativa en la Comunidad Autónoma de Cantabria de crear la figura del Defensor del Discapacitado. (Tomada la referencia Pastor Álvarez M<sup>o</sup>C., «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas», *Anuario Civil*, n<sup>o</sup> 20, marzo 2005, pp. 20-21).

Estado». Por supuesto, como pasa la mayoría de las veces, al día de hoy, tal desarrollo reglamentario no ha tenido lugar.

En cuanto a su *objeto y régimen jurídico*, el artículo 1 de la LPPD señala, con respecto al primero, que el objeto de esta Ley es «favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares». Más que objeto de la Ley, lo es del Capítulo I relativo al patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Y, con respecto al segundo, el régimen legal aplicable, igualmente, concretado en el patrimonio protegido de las personas, según dispone el apartado 2 del citado artículo 1, «se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del Libro I del Código Civil». Esta preferencia que se declara en relación con el Título IX referida a la incapacitación en general, no puede tener lugar en ningún caso, al no ser posible la modificación de la regulación relativa a la incapacitación por una ley ordinaria.

El contenido de este artículo 1.2 de la Ley y el silencio del legislador estatal sobre una reserva a favor de lo que podían las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, especial o foral, regular en relación a esta materia, ha motivado un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Catalán contra la Ley 41/2003, admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 13 de abril de 2004<sup>7</sup>.

Ahora bien, paralelamente a la producción normativa que el legislador español ha llevado a cabo con la promulgación de todas estas disposiciones referidas, y tal como expusimos al inicio de nuestra exposición, se han dictado otras normas tanto por el mismo, como por otras autoridades competentes, dirigidas a facilitar a las personas discapacitadas su acceso al mercado laboral, y su integración en el mismo. Hemos de referirnos a la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo público de discapacitados<sup>8</sup>; y, al Real Decreto 170/2004,

<sup>7</sup> Recurso núm. 1.004/2004. BOE, núm. 102, de 27 de abril de 2004, p. 16.606.

<sup>8</sup> Contiene un artículo único en el que se modifica la Disposición Adicional 19ª de la Ley 30/1982, de 13 de abril, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en el sentido de elevar el cupo mínimo de reserva en las ofertas de empleo público del 3% al 5% de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, y cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33%, de modo que, progresivamente se alcance el 2% de los efectos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente.

de 30 de enero, que regula las subvenciones a empresas que contraten trabajadores minusválidos, dirigidas precisamente a incentivar la contratación en el sector privado.

Asimismo, la necesidad de seguir desarrollando normativa tendente a favorecer y fomentar la protección de este sector de la población ha determinado que se hayan promulgado durante el año 2004 otras normas, como el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad<sup>9</sup>, a la que previsiblemente le seguirán algunas más, pues, aún falta el desarrollo reglamentario de toda la normativa promulgada.

Por último, como cierre de este apartado y en el marco de la producción normativa sobre la discapacidad de la que venimos ocupándonos, no podemos dejar de hacer mención también, —habida cuenta que formamos parte de la misma—, a los trabajos de la Unión Europea sobre esta materia. Así, en primer lugar, hemos de citar, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada el día 7 de diciembre de 2000, por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con ocasión del Consejo Europeo de Niza, en la que se proclamó como principio fundamental el de igualdad y no discriminación; y, en segundo lugar, la Constitución europea, que, además de recoger como declaración de principios, una prohibición genérica de cualquier tipo de discriminación, en su Título III bajo la rúbrica de «Igualdad», se contiene el artículo II-86, donde se refiere a la integración de las personas con discapacidad en los siguientes términos: «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad».

## 2. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LA LEY 41/2003

Tal como enuncia el título de la Ley, y se desarrolla a lo largo de la Exposición de Motivos, los destinatarios de la reforma son, en principio, las personas con discapacidad; lo que, sin duda resulta aplicable a la regulación contenida en el Capítulo I de esta Ley. Sin embargo, las modificaciones que en materia de derecho de familia y sucesiones se contienen en aquella, no solamente se dirigen a los discapacitados, sino que, en algunas ocasiones se refieren a los incapacitados, e inclu-

<sup>9</sup> BOE, núm. 32, 6 de febrero de 2004, pp. 5059 a 5060.

so, en un ánimo de ampliar el campo de actuación de la norma, se extiende su protección, en ciertos casos, a las personas con dependencia, por ejemplo, en el supuesto de contrato vitalicio de alimentos.

Ahora bien, a los efectos que a nosotros interesa, los discapacitados son, como hemos anunciado, los únicos posibles beneficiarios (destinatarios) del patrimonio protegido. Al respecto, el artículo 2.2 de la Ley señala que *«a los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de las personas con discapacidad:*

- a) *Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%.*
- b) *Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%».*

De esta definición se deduce:

1°. La determinación del concepto de discapacitado tiene carácter administrativo y depende de su inclusión en algunos de los porcentajes certificados del 33% y del 65% que marcan la discapacidad.

2°. No es necesario estar declarado judicialmente incapacitado (artículo 199 del Código Civil), y ni siquiera se exige que concurran en el mismo una causa de incapacitación de las previstas en el artículo 200 del citado cuerpo legal.

3°. El interés de la norma se centra exclusivamente en lo que representa la enfermedad o deficiencia que provoca la minusvalía de la persona en los porcentajes señalados, resultando ajeno la falta de autogobierno de la persona.

De acuerdo con este planteamiento, y sin que necesariamente el concepto de discapacitado que proporciona esta Ley funcione al margen de la incapacitación, podemos encontrarnos con diferentes posibilidades:

La primera, que estemos ante una persona incapacitada judicialmente en la que, además, concurra el grado de minusvalía exigido por la Ley.

La segunda, que se trate de una persona incapacitada judicialmente en la que no concurra dicho grado de minusvalía, porque la deficiencia psíquica o física que presente no se corresponda con el grado de minusvalía exigido por aquella; y, sin embargo, le impida gobernarse por sí misma, tal como establece el artículo 200 citado, para que tenga lugar la incapacitación.

La tercera, que se trate de una persona no incapacitada judicialmente en la que concurra el grado de minusvalía exigido por la Ley;

lo que no impide que en un futuro la persona pueda ser incapacitada, si incurre en las causas de incapacitación señaladas en el mencionado artículo 200.

Los supuestos primero y tercero ejemplifican los términos sobre los que la Ley 41/2003, sustenta la conceptualización de lo que se entiende como discapacitados; mientras que el segundo, en tanto la acreditación administrativa en los grados indicados no tenga lugar, la sola incapacitación judicial no sirve por sí misma para predeterminar la situación de discapacidad a la que la citada Ley extiende la protección.

Ahora bien, esta conceptualización de la discapacidad que ofrece el legislador en esta nueva normativa contrasta con la amplitud en los términos y, la equiparación entre incapacitado judicial y discapacitado que ofrece a efectos fiscales, el artículo 58 apartado sexto del Texto Refundido de la LIRPF, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo. Dispone que, tendrán la consideración de discapacitados, *«los contribuyentes que acrediten en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En particular, se considera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33% en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez, e igualmente en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente se considera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% cuando se trata de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado».* El artículo 67 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, modificado por el Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, desarrolla la forma de acreditación de la condición de discapacitado y señala que el grado de minusvalía se acreditará mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas.

Se exige, en consecuencia, en similares términos que en la Ley 41/2003, un grado de minusvalía igual o superior al 33% para considerar a una persona discapacitada a efectos de la LIRPF; si bien, se diferencia de aquella, en que no se asocia dicho grado, y, por tanto, no distingue si se trata de una minusvalía física o psíquica. Si la persona ha sido incapacitada judicialmente a efectos del impuesto sobre la renta, se considera que tiene un grado de minusvalía igual o superior al 65%, aunque no alcance dicho grado. Se equipara, a efectos fiscales, a los incapacitados judicialmente con las personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía es igual o superior al 65%.

Esta conceptualización establecida por la Ley del IRPF, se sustancia, en similares términos, con carácter más general, y en el ámbito del Derecho privado por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyo artículo 1.2 señala que: «A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía de grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional».

Por su parte, en la Ley 13/1982 (LISMI) se ofrece en el artículo 7 el primer concepto de minusválido, que representa el antecedente a las actuales definiciones legales de discapacitado. Dispone dicho precepto en su apartado 1 que: «A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

A diferencia de las anteriores normativas reseñadas, sólo se exige para considerar a una persona minusválido, por ende, discapacitado, deficiencias o minusvalías de carácter físico, psíquico o sensorial, de carácter permanente, cuya previsibilidad de subsistencia se entiende pensando en un futuro, sin exigirse al efecto ningún grado en función del tipo de minusvalía que se trate.

Coincide, no obstante, en atribuir al órgano de la Administración que se determine reglamentariamente el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadores (artículo 7.2).

## 2.1. Acreditación de la discapacidad

Desde la perspectiva conceptual expuesta, para poderse beneficiar de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 41/2003, y, por tanto, de la posibilidad de constitución de un patrimonio protegido, es necesario que se reconozca en el beneficiario del mismo, una discapacidad física o sensorial superior a un 65%, o una deficiencia psíquica nunca

inferior al 33%; y, además, tal como dispone el apartado 3º del artículo 2 de la citada Ley que, «aquél grado de minusvalía se acredite mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme». De forma que tal acreditación, conforme dispone esta Ley, sólo podrá tener lugar: bien, mediante certificación administrativa expedida por la autoridad competente; bien, por resolución judicial previa admisión del recurso contencioso-contrario a la denegación de la certificación administrativa requerida.

El binomio grado-acreditación representa, por tanto, una exigencia necesaria para determinar la discapacidad de una persona, tanto en esta norma, como en las anteriores reseñadas (LISMI; como a efectos fiscales en la LIRPF).

A La graduación y la acreditación administrativa de la discapacidad, a falta de un desarrollo reglamentario de la Ley, que previsiblemente suponemos tendrá lugar en un futuro próximo, le resulta aplicable lo dispuesto por Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía<sup>10</sup>, que vino a sustituir al Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido. En este Real Decreto 1971/1999 se regula el reconocimiento del grado de minusvalía, el establecimiento de los baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento, y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y la calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen (artículo 1).

La calificación del grado de minusvalía responde a criterios unificados, fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I, apartado A) de este Real Decreto<sup>11</sup>; y, será objeto de la valoración, expresando la misma en porcentajes. En dicho apartado se establecen las pautas para la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas. Al porcen-

<sup>10</sup> BOE, núm. 22, de 26 de enero de 2000, pp. 3317 a 3410.

<sup>11</sup> Estos baremos establecen normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la O.M.S.

La Clasificación Internacional de la O.M.S. define la deficiencia como «toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica»; la discapacidad como «la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad, en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano»; y, la minusvalía como «la desventaja que supone para un individuo padecer una discapacidad, y que le limita o impide su desenvolvimiento normal en la sociedad».



taje de discapacidad obtenido tras dicha valoración, se le suma el que se deduzca de aplicar el baremo de factores sociales complementarios contenido en el Anexo I del apartado B), relativo, entre otros factores, al entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad. El porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales no podrá ser inferior al 25%.

De forma que la suma de ambos baremos, aplicada sobre las tablas suministradas en el propio Anexo, determina el grado de discapacidad reconocido. No obstante, la evaluación de aquellas situaciones específicas de minusvalía establecidas en los artículos 148 y 186 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, podrán determinar el derecho a un complemento por necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, que se realizará mediante la aplicación del baremo que figura en el Anexo II de este Real Decreto; así como, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para minusválidos, determinar, igualmente, la posibilidad de ser beneficiario del subsidio de movilidad, y compensación por gastos de transportes, que se fijará por aplicación del baremo que figura como Anexo III de este Real Decreto.

Corresponde a los responsables de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de valoración de situaciones de minusvalía y calificación de su grado dictar resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona, o dificultades de movilidad, si procede, previo dictamen del órgano técnico competente en cada Comunidad Autónoma, compuesto por un equipo multidisciplinar del que forma parte, al menos, un médico, un psicólogo y un trabajador social.

Tal resolución será recurrida, primero en vía administrativa y, posteriormente, en vía judicial, siendo en ésta última competente la jurisdicción social.

En consecuencia, la acreditación del grado de minusvalía (discapacidad), o bien se determina por el certificado expedido por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma<sup>12</sup>, o bien, por

<sup>12</sup> Señala, no obstante, López-Galiacho Perona que «en este punto, puede, para los discapacitados intelectuales con un grado entre el 33 y el 65%, haber dificultades prácticas de aplicación, pues, los certificados actuales que contienen las resoluciones que conceden el

resolución judicial firme en la que se resuelva precisamente el recurso interpuesto contra dicho certificado.

Ahora bien, la incapacitación judicial por las causas del artículo 200 del Código Civil, que tendrá lugar una vez dictada la correspondiente resolución judicial en un procedimiento civil, conforme dispone el artículo 199 del mismo cuerpo legal, cabe plantearse, si podrá acreditar también el grado de minusvalía (discapacidad) que exige la LPPD. Se ha de partir del hecho de que en los procedimientos judiciales de incapacitación, la declaración de discapacidad no resulta determinante, en los términos del citado artículo 200 y de los artículos 756 a 763 de la LEC, donde sólo se exige la exploración del incapaz, la audiencia de los parientes y el examen forense. Y, asimismo, basta para ser declarado incapaz, una enfermedad o deficiencia física o psíquica, siempre que sea persistente e imposibilite el autogobierno. Poco tiene que ver todo ello con el grado de minusvalía y su valoración, aunque, es cierto que «dichos conceptos jurídicos (incapacidad y minusvalía) han de ser reflejo del causismo médico»<sup>13</sup>. La respuesta, sobre tales bases, debería ser en principio negativa, pues la regulación actual en los términos vistos determina que sólo la resolución de incapacitación puede contener si ésta es total o parcial, con la designación del correspondiente organismo de guarda de la persona o bienes del incapacitado.

Declarada, por tanto, la incapacidad por concurrir cualquiera de las causas mencionadas en el citado artículo 200, y, aunque se pudiera afirmar que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad y no a la inversa; a los efectos de ser beneficiario de la protección patrimonial que otorga la LPPD, el juez civil carece, de momento, de com-

reconocimiento de grado de minusvalía no especifican, si la discapacidad es física, psíquica o sensorial». Vid., López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXI, enero/febrero 2005, núm. 687, p. 40.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, núm. 14/2004, (Sección 4ª), de 9 de marzo (*JUR* 2004/126694). Ponente. Ilmo. Sr. D. Antonio Marín Fernández, aunque no entra en el fondo de la cuestión por un defecto de *petitum*, el juzgador declara que pese a las secuelas físicas que siguieron al accidente, «no puede darse lugar a la declaración de discapacidad a los efectos del artículo 2 de la Ley de Patrimonios Protegidos, al no haber sido una pretensión oportunamente deducida, sino meramente apuntada en la vista del presente recurso. El goce de los beneficios que la citada Ley proclama podrá ser obtenido con relativa facilidad a través de la calificación administrativa de su minusvalía» (*Fundamento Jurídico 3º*).

No obstante, en esta Resolución se evidencia una superposición de los conceptos de incapacitación judicial, invalidez laboral y los distintos grados y tipos de minusvalía. En el caso de autos, el presunto incapaz es un empresario que había sufrido un grave accidente de tráfico; y, previo al procedimiento de incapacitación se había dictado sentencia de separación fundada en las perturbaciones mentales provocadas por el accidente sufrido, y, asimismo, en la jurisdicción de lo social, se le había reconocido una invalidez permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad.

petencia para graduar y calificar la discapacidad psíquica, física o sensorial que padezca la persona de la que se pretende su incapacitación. Por tanto, no sería posible determinar sobre la premisa citada que la persona incapacitada sea, además, discapacitada, pues para ello será necesario que el organismo competente de la Administración pública certifique el grado de minusvalía, conforme a los criterios que dispone el Real Decreto 1971/1999, ya reseñados.

De acuerdo con lo expuesto, a diferencia de lo dispuesto en la LIRPF, en la LPPD no existe una equiparación entre incapacitación judicial y discapacidad. No es posible en términos absolutos considerar que los incapaces judicialmente declarados que pretenden ser beneficiarios de la institución, sean necesariamente discapacitados, si no tienen reconocidos los grados específicos de las tipologías de las diferentes minusvalías en cuestión, al menos en los términos del artículo 2 de la Ley, pues, como se ha indicado, la sentencia de incapacitación no puede concretar tales grados, al carecer de competencia el juez civil para tal actuación. Es posible establecer tal equiparación a los efectos de constitución de patrimonio, cuando el incapaz sea declarado discapacitado en los términos vistos; como, asimismo, es posible que un discapacitado pueda ser declarado incapaz, cuando así lo determine la sentencia de incapacitación. El silencio de la LPPD señalado no favorece que sea posible la constitución de un patrimonio por el que sólo está incapacitado judicialmente; y ello pese a que no se duda de la correspondencia entre la incapacitación judicial y la minusvalía del 65%, no consolidada aún a efectos civiles por esta norma<sup>14</sup>. En consecuencia, la no consagración legal de tal equiparación y la exigencia administrativa de la graduación y calificación poco contribuyen a la consolidación de la premisa de que todo incapacitado es un discapacitado en el ámbito de la LPPD<sup>15</sup>. Y, en cierta forma,

<sup>14</sup> En esta misma línea, Lucini Nicás J.A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil...», *op. cit.*, p. 1624.

<sup>15</sup> En las Audiencias, si hay un reconocimiento administrativo de minusvalía, procede la incapacitación con alcance absoluto o parcial. *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife núm. 105/2004, (Sección 3ª), de 12 de marzo (*JUR* 2004/134411). Ponente, Ilma. Sra. Dª. María del Carmen Padilla Márquez; de la Audiencia Provincial de Badajoz núm. 10/2003 (Sección 3ª) de 15 de enero (*JUR* 2003/127771). Ponente, Ilmo. Sr. D. Francisco Rubio Sánchez; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real núm. 145/2002 (Sección 1ª), de 6 de mayo (*AC* 2002/1066). Ponente, Ilmo. Sr. D. Luis Casero Linares; y, asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 127/2003 (sección de lo social), de 30 de abril de 2003, declara que «el umbral de estas deficiencias (psíquicas, físicas o sensoriales) se encuentra en el 33% -similar a la incapacidad parcial».

<sup>16</sup> En el mismo sentido, Moretón Sanz F., «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en el Propiedad Horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXI, enero-febrero 2005, núm. 687, pp. 79 y 81; Perea Vicen-

ante esta dualidad de procedimientos, —administrativo y judicial—, donde una persona puede ser declarada discapacitada e incapaz, respectivamente, se corre el peligro de que esta descoordinación institucional pueda frustrar los beneficios y buenas intenciones de la Ley<sup>16</sup>.

No basta, pues, una deficiencia (pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica) que repercuta directamente en la capacidad del sujeto a la hora de llevar a cabo actividades en los términos considerados normales para un ser humano (discapacidad), y, además que esa deficiencia, y por consiguiente limitación de la capacidad, genere una situación desventajosa para el individuo en tanto le impida el desarrollo del papel social que les es propio (minusvalía); sino que es necesario que tal situación de discapacidad se valore por el órgano competente, en los términos indicados en este apartado<sup>17</sup>.

En la actual Ley 41/2003, y en relación a la regulación del patrimonio protegido, el destinatario y beneficiario de su constitución, es, por tanto, la persona discapacitada en los grados de minusvalía establecidos en el artículo 2.2 de la misma, y puestos de manifiesto en líneas precedentes, acreditados mediante la correspondiente certificación administrativa o, en su caso, resolución judicial dictada al efecto en la jurisdicción de lo social<sup>18</sup>. Que esta persona discapacitada sea

te M., «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», en *Actualidad Civil*, 15 de septiembre de 2004, pp. 1763-1764.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, núm. 28/2004 (sección 1ª), de 12 de marzo (*JUR* 2004/97010). Ponente, Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano, destaca que en su *Fundamento Jurídico* 2º que, en todo caso «el concepto de beneficiarios que contempla la Ley es notablemente más amplio al de «incapacitado», comprendiendo a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (artículo 2 de la Ley)».

Equiparando, sin embargo, al incapacitado judicial con el discapacitado, *vid.*, López-Galíacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, pp. 40-41, donde señala que la Ley admite que el certificado de discapacidad pueda obtenerse mediante sentencia firme entendiéndose que puede ser dictada como consecuencia directa de un procedimiento judicial de incapacitación del discapacitado. Y, añade que, aunque la Ley guarde silencio en este punto, es posible extender el ámbito de los beneficiarios de este patrimonio protegido también a las personas discapacitadas con anterioridad a su entrada en vigor que hubieran sido incapacitadas mediante sentencia.

Igualmente, Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno Mª.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pp. 99 y 106, quienes consideran que los incapaces desde el punto de vista jurídico necesariamente deben ser considerados discapacitados, pero no viceversa.

<sup>16</sup> En esta misma línea, Lucini Nicás J.A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil...», *op. cit.*, p. 1624.

<sup>17</sup> Ruiz-Rico Ruiz Morón J., «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad Civil*, segunda quincena, Febrero 2004, nº 4, pp. 357-358.

<sup>18</sup> Lo que no excluye en esta afirmación a la familia más cercana que depende del discapacitado; pues, puede tratarse de un discapacitado casado y con hijos, a quien le atañen obligaciones derivadas de la filiación o de la patria potestad, como el deber de alimentos

posteriormente incapacitada judicialmente no le impedirá seguir disfrutando del patrimonio constituido a su favor, o de no haberse constituido éste, de la posibilidad de que tal constitución tenga lugar, por sus padres, tutor o curador, o por un tercero con interés legítimo. La única variación al respecto se sustanciará sobre su patrimonio personal, que quedará sometido al sistema de guarda establecido en la sentencia de incapacitación; y, respecto al patrimonio protegido, sometido al régimen de administración y control establecido en esta Ley, como en el propio título constitutivo del patrimonio protegido.

Igualmente, será beneficiario quien haya sido incapacitado por sentencia judicial firme en aplicación del artículo 200 del Código Civil, siempre y cuando ostente acreditación de alguno de los grados y tipo reseñados.

De lo expuesto, se puede concluir que el legislador de la LPPD recurre a la figura de la discapacidad antes que a la incapacitación judicial, sin que ello signifique prescindir completamente de ésta, al resultar necesario su complemento; pero, siendo clara la mayor amplitud de aquélla respecto de ésta (artículo 2.2 de la LPPD). Lo que determina, a su vez, que en esta institución de nuevo corte para el Derecho Civil como es el patrimonio protegido, se inicie una nueva línea tutelar, basada en una adjetivación administrativa de la discapacidad, y, donde no existe un predominio de los tradicionales criterios de capacidad e incapacitación, propios del Derecho civil y del Derecho procesal civil, en cuanto al régimen de incapacitación judicial<sup>19</sup>.

Y, por otra parte, sobre la base de lo que dispone la Exposición de Motivos de la Ley, respecto de lo que constituye hoy una realidad, como es la existencia de nuevas formas de discapacidad, tales como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de alzheimer y otras de carácter laboral, hacen que en la concretización de lo que constituye el ámbito subjetivo en relación con la constitución del patrimonio protegido se tenga presente por el legislador tres nociones de distinto corte, como son la incapacidad laboral absoluta o gran invalidez —que se corresponde reglamentariamente con el 33%—, el reconocimiento administrativo de la minusvalía y la incapacidad judicial que opera sobre la capacidad de obrar<sup>20</sup>.

Ahora bien, resulta criticable con relación a ese ámbito subjetivo definido en torno a los beneficiarios de la constitución de un patri-

(artículo 154 del Código Civil); de forma que el concepto beneficiario se amplía a su entorno familiar. En este sentido, *vid.*, Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 110.

<sup>19</sup> En este mismo sentido, Moretón Sanz F., «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en el Propiedad Horizontal», *op. cit.*, p. 79.

<sup>20</sup> Moretón Sanz F., «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en el Propiedad Horizontal», *op. cit.*, p. 80.

monio protegido que en esta acreditación de la discapacidad se haya exigido unos determinados grados, y no se haya, en cambio, procedido de forma similar al legislador francés que, en la Ley n.º 2005-102, de 11 de febrero de 2005, *pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées*<sup>21</sup>, en su artículo 2, introduce un nuevo artículo L.114 en el Código de Acción Social y de la Familia, en el que se define la discapacidad en el sentido de la ley «toda limitación de actividad o restricción de participación de la vida en la sociedad sufrida en su entorno por una persona en razón de una alteración sustancial, duradera o definitiva de uno o más funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, de un discapaz, o de quien sufra un problema de salud que le invalide», y que permite, en consecuencia, que quienes no estén incluidos en esos grados pudieran participar, por ejemplo, de una institución beneficiosa como es el patrimonio protegido. Con la regulación actual, se puede dar la virtualidad práctica de no alcanzando los mínimos previstos en la norma (un 33% de discapacidad psíquica, o un 65% de discapacidad física o sensorial), y, sin embargo, tratarse de una persona que, en atención a sus circunstancias personales, presentase una discapacidad física y otra psíquica, que de la suma de una y otra pudieran alcanzar los mínimos señalados de 33% y 65% respectivamente, no pueda constituir un patrimonio protegido. Y, asimismo, se corre el riesgo de dejar en cada momento la concesión de un derecho-beneficio, como es la constitución de un patrimonio protegido, a la potestad reglamentaria de cambiarlos discrecionalmente<sup>22</sup>.

Sin embargo, con la definición ofrecida por el legislador francés se amplía el ámbito de aplicación de cualquier medida que favorezca la integración de los discapacitados, de «personas vulnerables» (concepto que existe en su Código penal y en la Ley 102/2005 citada), o como en nuestro caso, de la constitución de un patrimonio que atienda las necesidades vitales del mismo, pues, tal conceptualización se centra más en la causa que motiva la discapacidad, que puede ser psíquica, física, sensorial, y, que, en su caso, puede determinar igualmente su incapacidad, que como se ha optado en la legislación española, por la valoración del grado de minusvalía y la atención a unos grados concretos.

También resulta criticable que la LPPD no haya previsto la posibilidad de constituir un patrimonio protegido a favor de dos o más miembros discapacitados de una misma familia (por ejemplo, dos

<sup>21</sup> *Journal Officiel de la République Française*, 12 février 2005, pp. 1-135.

<sup>22</sup> En este sentido, López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 41.

hermanos), pues, salvo que se trate de familias con gran poder económico, difícilmente se van a poder constituir varios patrimonios con sus aportaciones respectivas; y, en ambos casos, es necesario procurar los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades vitales de cualquiera de los miembros de una misma familia, discapacitados<sup>25</sup>.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PATRIMONIO PROTEGIDO EN LA LEY 41/2003

La idea técnico-jurídica del patrimonio parte de una concepción doctrinal moderna, no exenta de complicaciones, en la que, si bien no hay unanimidad en torno a las acepciones, concepto, naturaleza jurídica, contenido ni clases de patrimonio, no por ello se deja destacar la necesidad de seguir centrandose esfuerzos en la elaboración de una visión unitaria de muchos de aquellos aspectos que conforman una teoría global del patrimonio. No obstante, y lejos de no pretender sumarse a esta ardua tarea que han emprendido muchos insignes autores y de los que hay que destacar su loable contribución; por la materia que nos ocupa, simplemente vamos a destacar algunos aspectos de la teoría del patrimonio, en los términos conformados por la doctrina especializada en la misma, que nos van a servir como base para la elaboración de lo que constituye la naturaleza de este patrimonio protegido, al que, si bien, la LPPD se ha dedicado a esbozar algunos de los elementos que lo conforman; sin embargo, no ha dedicado especial atención a determinar claramente el alcance de aquella.

Se indica en la propia Exposición de Motivos de la Ley que se trata de un patrimonio de destino, que se aísla del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, al que no se reconoce personalidad jurídica propia y que se encuentra sometido a un régimen de administración y supervisión específico.

Como todo patrimonio en sentido propio representa la esfera o ámbito de poder jurídico de la persona, pero sólo en aquellas manifestaciones que pueden tener una dimensión económica. «La totalidad de los derechos pertenecientes a un sujeto», en palabras de Ferrara «conforma su esfera jurídica». En ella, se comprenden los derechos de naturaleza personal, derechos públicos, derechos de familia, derecho de contenido económico; en esencia, lo que representa toda la

<sup>25</sup> Vid., López-Galiacho Perona J., *Últ. Lug. Cit.*; Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup>T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 111.

potestad que el sujeto asume en fuerza del derecho objetivo. Dentro de esta esfera jurídica radica como círculo más restringido, pero importante en grado sumo, el grupo de derechos que tienen valor pecuniario, el patrimonio. El patrimonio es, pues, una parte de la esfera jurídica del sujeto»<sup>24</sup>.

Está así constituido no por la totalidad de los derechos que competen a cada sujeto, sino por una parte de los mismos, integrada por el grupo de aquellos derechos que tienen valor pecuniario<sup>25</sup>.

En este sentido, Castán define el patrimonio como «el conjunto de derechos, susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí, por su afectación a los fines generales de una persona —como centro de su poder jurídico—, o por su afectación a un destino especial y a los que la ley, en algunos casos, otorga la consideración de una unidad abstracta (*universitas iuris*) de la que forman parte también las obligaciones del titular»<sup>26</sup>.

Para García García el patrimonio «es un conjunto coherente de derechos y obligaciones de contenido económico o pecuniario, atribuido o atribuible a un titular o con destino a unos beneficiarios titulares finales, y con tratamiento unitario a efectos de responsabilidad, gestión y administración»<sup>27</sup>.

De acuerdo con estas definiciones, son tres los *elementos* que integran el patrimonio: 1º. El *elemento material*: su composición como conjunto unitario de derechos, y a veces también de obligaciones, es decir, el activo y el pasivo. Dichos bienes y deudas tienen una significación económica y pecuniaria; 2º. El *elemento personal*: su atribución a un titular como centro de sus relaciones jurídicas, que no excluye la posibilidad de que en una misma persona, por razón de la variedad jerarquizada de los fines humanos, pueden concentrarse diversos núcleos o grupos patrimonios; uno, la de su patrimonio personal; y, otros, la de los patrimonios autónomos<sup>28</sup>; 3º. El *elemento funcional* del patrimonio que da un significado unitario al conjunto de bienes en relación con las funciones que el ordenamiento asigna a ese instrumento técnico que es el patrimonio. Ese tratamiento unitario lo tiene el patrimonio por razón de la gestión y administración del conjunto

<sup>24</sup> Ferrara C., *Trattato di Diritto Civile, vol. I, Dottrine generali, Parte I*, Athenaeum, Roma 1921, p. 865.

<sup>25</sup> Castán Tobeñas J.M.<sup>a</sup>, *Derecho civil español, común y foral, T.I Introducción y Parte General, vol. II Teoría de la relación jurídica*, Reus, Madrid, 1987, p. 648.

<sup>26</sup> Castán Tobeñas J.M.<sup>a</sup>, *Derecho civil español, común y foral, T.I Introducción y Parte General, op. cit.*, p. 649.

<sup>27</sup> García García J.M., «Teoría general del patrimonio», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T.I*, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 581.

<sup>28</sup> Castán Tobeñas J.M.<sup>a</sup>, *Derecho civil español, común y foral, T.I Introducción y Parte General, op. cit.*, pp. 649-650.

de bienes y por la responsabilidad<sup>29</sup>. A los que se puede añadir un cuarto, que es el que se refiere a la denominación colectiva. El patrimonio, como conjunto de bienes y derechos, es una denominación colectiva que indica un agregado de bienes económicos. Bien (o derecho) es la entidad singular; patrimonio es el conjunto, el agregado o la colectividad. Patrimonio es la agregación de bienes, una pluralidad. Se habla de bienes en plural y de patrimonio en singular<sup>30</sup>. En este sentido, señala Albadalejo García, «cada una de las relaciones que componen el patrimonio es un elemento del mismo, y él es el conjunto de todas, pero constituye sólo eso, un conjunto y no una unidad sustantiva independiente y distinta, resultante de la agrupación de sus componentes singulares. De tal modo que no se puede pensar que, en principio, el patrimonio sea un objeto, una entidad aparte, sobre la que la persona tenga un derecho autónomo, como si se dijese que existe un derecho de propiedad sobre el patrimonio»<sup>31</sup>.

De lo expuesto se extrae que, si bien el patrimonio constituye un conjunto coherente de bienes y de deudas, ese conjunto se identifica por la atribución a una persona o grupo a cuyas responsabilidades se haya sujeto. El patrimonio genera, pues, un derecho subjetivo que engloba todas las facultades de actuación en torno al mismo, debidamente tuteladas por el Derecho. Así, precisa Lacruz Berdejo que «lo peculiar del patrimonio es esa interacción entre la persona y el entorno económico al que alcanza su poder y deber. El concepto no engloba a los bienes en su individualidad, sino en cuanto conjunto de medios materiales al servicio del sujeto y en cuantos componentes de un balance que gradúa su *solvencia*. De donde el patrimonio no es «suma de propiedades y créditos» en un momento dado; sino un distinto punto de vista *permanente* sobre un complejo activo y deudas en constante proceso de cambio, a otros efectos ajenos a la gestión y defensa de cada derecho subjetivo concreto»<sup>32</sup>.

Desde ese tratamiento unitario que representan el conjunto de bienes y derechos que lo conforman, se manifiestan las funciones del patrimonio, entre las que se destaca: el considerarlo como soporte objetivo de la responsabilidad universal por deudas (artículo 1911 del Código Civil), constituyéndose, de esa forma, en garantía general para

<sup>29</sup> García García J.M., *Últ. Leg. Cit.*

<sup>30</sup> De los Mozos J.L., «Aproximación a una teoría general del patrimonio», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1991, p. 596.

<sup>31</sup> Albadalejo García M., *Derecho civil, T.I Introducción y parte general*, decimosexta edición, Edisofer, 2004, p. 508.

<sup>32</sup> Lacruz Berdejo J.L., *Elementos de Derecho Civil, T.I Parte General, vol. III Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 2ª edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echevarría, Dykinson 2000, p. 58.

los acreedores; asimismo, es presupuesto de la herencia; viene a explicar tanto la gestión y administración de determinadas masas de bienes (patrimonios personales del ausente y del menor e incapacitado, de los cónyuges); como el resarcimiento del daño; el concurso de acreedores; y las medidas de conservación del patrimonio en relación con la acción revocatoria o pauliana; y, en fin, posibilita la subrogación real, en el sentido de que siempre en sustitución del elemento patrimonial que salió entra otro en su lugar, lo que adquiere especial significación en relación a los llamados patrimonios especiales o autónomos, ante la exigencia de conservación de la integridad patrimonial frente a los acreedores<sup>33</sup>.

En este contexto, y sobre las bases expuestas, son varias las teorías que han intentado perfilar el concepto del patrimonio, ahondando más o menos en algunos elementos que lo conforman. La *teoría personalista o subjetiva*, defendida por Aubry et Rau, a los que sigue Planiol y Ripert, parte de la idea fundamental de conexión del patrimonio con la personalidad del hombre. El patrimonio es emanación de la personalidad. Por ello, se establece la equivalencia: una persona, un patrimonio; el patrimonio se identifica con la aptitud de la persona para adquirir bienes, con la potencialidad económica. Es la personalidad misma manifestada en la relación de la persona con los bienes. De ahí que, no se concibe patrimonio sin un titular, porque es consustancial a la persona; toda persona tiene y ha de tener patrimonio; y la persona sólo tiene un único patrimonio. La *teoría objetivista o realista* se fija más que en la persona, en la idea del conjunto de bienes y sobre todo en el destino de esos bienes a un fin, de lo que se deduce la admisión cuando el fin lo requiera, de varias masas patrimoniales bajo la autoridad de una misma persona, pues, lo que crea la cohesión entre sus elementos es la afectación a un destino, no la sujeción al poder de voluntad del sujeto. Caben, en consecuencia, patrimonios sin titular; persona que no tenga patrimonio; y una persona que tenga varios patrimonios; y, la *teoría moderna o mixta*, que defiende una concepción alternativa y amplia de patrimonio, de tal modo que se pueda comprender dentro del mismo, tanto el patrimonio personal, que pone el acento en la persona, como una serie de bienes o patrimonios autónomos, distintos del patrimonio personal, en que tiene especial relevancia el conjunto de bienes como separado o diferente del patrimonio personal<sup>34</sup>.

Esta última teoría a la que nos adherimos, permite defender un sentido amplio del patrimonio, y, en consecuencia: 1º. Determinar la

<sup>33</sup> Vid., Díez-Picazo L., y Gullón Ballesteros A., *Sistema de Derecho Civil, vol. I Introducción, derecho de la persona*, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 386-388.

<sup>34</sup> García García J.M., «Teoría general del patrimonio», *op. cit.*, p. 586.

existencia de una íntima conexión entre personalidad y patrimonio, de manera que pueda considerarse éste como una emanación o prolongación de aquélla; 2º. Que el patrimonio esté formado por derechos, y éstos estén referidos a bienes, junto a los que se deben incluir las obligaciones, pues, las deudas constituyen un factor de disminución del valor económico del conjunto patrimonial, en cuanto se imputan a una persona determinada; 3º. Permite completar el concepto de patrimonio, con el hecho de que éste se encuentre al servicio de un fin.

Asimismo, esta posición ecléctica o «personalista-realista» posibilita la construcción de los patrimonios separados, dentro de cuya categoría, anticipamos, debemos incluir el patrimonio protegido de las personas con discapacidad, cuya existencia no determina la absoluta separación del patrimonio personal, sino que dado el fin que están llamados a cumplir, hace que aparentemente se nos presente como un conjunto de bienes, que o bien se desgaja de su titular, o bien simplemente merma las facultades normales correspondientes al mismo.

En nuestra doctrina más clásica, para De Castro el patrimonio en su sentido técnico, supone «de un lado, la existencia de masa de bienes de un doble carácter, activo y pasivo, y de otro lado, masas de bienes de distinta naturaleza, según la condición de su titular, unidas a éste por su destino, separadas o independizadas para un fin determinado. El patrimonio aparece, en tal caso, como una masa de bienes con valor económico, afectada y caracterizada por su atribución y el modo de atribuirse a quien sea su titular»<sup>35</sup>.

Por tanto, junto al patrimonio general de la persona, que tiene carácter total y unitario y sólo adquiere relieve en situaciones anormales: ejecución universal, ausencia, etc., en las que es objeto de delimitación y gestión separada; el patrimonio autónomo es, al contrario, como señala Lacruz Berdejo «uno en el que, por ordenarlo o permitirlo así la ley, bienes pertenecientes a una o varias personas se hallan individualizados formando un conjunto sometido a titularidades y gravado con deudas específicas, coexistiendo con el patrimonio general de su titular o titulares»<sup>36</sup>. Los casos de patrimonios autónomos son: los patrimonios separados; patrimonios con titular interino; patrimonios afectados a un fin; patrimonios colectivos.

El patrimonio separado se considera como una masa patrimonial que pertenece a un patrimonio personal, pero independizado de éste, por estar legalmente destinado a un fin específico y determinado. Los caracteres comunes asignados al mismo, trasladables al patrimonio

<sup>35</sup> De Castro F., *Temas de Derecho Civil. El patrimonio*, Madrid 1972, p. 38.

<sup>36</sup> Lacruz Berdejo J.L., *Elementos de Derecho civil*, op. cit., p. 61.

objeto de análisis, según señala la doctrina<sup>37</sup>, son: 1º. Legalidad o *numerus clausus*, de modo que la voluntad privada no podrá producir otros; 2º. Su creación se verifica, en su caso, coincidiendo con una sucesión universal, es decir, atribuyéndose al titular en ese momento los elementos y cargas del patrimonio de un golpe (*uno ictu*) y sin necesidad de tradición; 3º. Identidad y subrogación legal; 4º. Separación jurídica del patrimonio autónomo respecto al patrimonio personal de su titular o titulares, que permite mantener relaciones jurídicas entre ambos, operando incluso transmisión de bienes, por negocio jurídico o por hecho, formándose un tejido de créditos y deudas entre ambos; sin que esta independencia del núcleo patrimonial personal nos conduzca a reconocer el nacimiento de una personalidad jurídica independiente, quedando, por tanto, el patrimonio vinculado a la misma titularidad originaria<sup>38</sup>; 5º. La responsabilidad por deudas derivadas de la gestión del patrimonio autónomo únicamente se hace recaer respecto a los bienes pertenecientes a dicho patrimonio, aunque, a veces, exista cierta comunicación de deudas, pero siempre se produce alguna especialidad que determina la existencia del patrimonio autónomo; 6º. Una administración y gestión especial; si pertenece a un solo individuo, sus facultades sobre él están siempre limitadas, y si es común a varios lo gobiernan entre todos; 7º. Obedece a un fin suficientemente relevante desde el punto de vista jurídico, como para imponer una determinada actividad o una trayectoria concreta de la que no se puede desviar, lo que, a su vez, exige aislar unos bienes dentro del patrimonio personal; 8º. Y su creación debe ir precedida necesariamente de un acto que delimite adecuadamente la concreción de sus elementos integrantes.

Sobre estas bases se sustancia la regulación de los patrimonios pertenecientes al discapacitado, y, por ende, la configuración jurídica del patrimonio protegido por la LPPD, que como adelantamos, se corresponde con la construcción de los patrimonios separados. En la

<sup>37</sup> Lacruz Berdejo J.L., *Elementos de Derecho civil*, op. cit., pp. 62-63; García García J.M., *Teoría general del patrimonio*, op. cit., pp. 606-607; Serrano García J., *La reserva troncal del artículo 811 del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 222-223; Díez-Picazo L., Gullón Ballesteros A., *Sistema de Derecho Civil, vol. I. Introducción, derecho de la persona*, op. cit., pp. 391-392.

<sup>38</sup> De Cossío y Corral A., «La teoría del patrimonio», *Estudios de Derecho Público y privado, ofrecidos al profesor Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano, II Estudios de Derecho Civil*, Universidad de Valladolid, 1966, p. 147 señala al respecto que «los diversos núcleos patrimoniales han de tener entre sí los vínculos nacidos de la unidad del titular, y de la jerarquía que la ley atribuya a los distintos fines que lleva consigo la personalidad humana, sin que haya de producirse un relajamiento de los lazos de unión entre los elementos patrimoniales, que conduce a la separación de las ideas de patrimonio y personalidad, con el consiguiente quebranto de la unidad de aquél desde el momento en que surge, mediante una exaltación de la teoría de los fines».

Exposición de Motivos de aquella (apartado II), se señala que «el objeto inmediato de esta Ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma». A lo que añade que «los bienes y derechos que forman este patrimonio que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico».

Al lado, por tanto, del patrimonio personal, sin confundirse, ni fundirse con éste, perteneciendo al mismo titular, despliega todo su campo de actuación dicho patrimonio protegido. Aunque no se utiliza la expresión de patrimonio separado para definir la naturaleza de éste, pues, el legislador prefiere emplear las expresiones de «masa patrimonial», «patrimonio de destino» y «patrimonio protegido», sin embargo, el régimen que atribuye al mismo se corresponde con el señalado con carácter general, en líneas precedentes, para el patrimonio, y, más en concreto, para cualquier tipo de patrimonio separado. Al efecto, participa de todos los rasgos del patrimonio en cuanto representa un conjunto de derechos, referidos a bienes, y en su caso, de obligaciones frente a las que se responde, funcionando como una unidad, conservando su identidad e independencia del patrimonio personal, como de cualquier otro, propiedad del titular discapacitado. Y, por otra parte, de los que caracterizan a un patrimonio separado, en cuanto, su creación junto al patrimonio personal es fruto de una norma expresa; una vez configurado existe una neta separación respecto de aquél personal; se configura una administración y gestión especial, designando al efecto un administrador específico para el patrimonio protegido, con independencia de quien administre el patrimonio personal del discapacitado; la identidad propia como tal patrimonio separado y la subrogación real, que determina una vez constituido el patrimonio e inventariados los bienes, cualquiera de éstos que salgan del patrimonio, se sustituyen por otro que se coloca en su lugar, siguiendo perteneciendo al patrimonio protegido; y, una responsabilidad por las deudas procedentes del mismo, separada o diferente de la que afecta al resto del patrimonio del titular-beneficiario.

Ahora bien, respecto de éste último aspecto, el legislador de la LPPD, aún pretendiendo crear un patrimonio separado, no parece mantener, sin embargo, una independencia en cuanto a las responsabilidades respecto de las deudas procedentes del patrimonio per-

sonal perteneciente al mismo titular, cuando aquél es insuficiente para cubrir las mismas. Dicho de otro modo, las deudas generadas en el ámbito del patrimonio separado como en el personal, se podrán hacer efectivas, no sólo sobre el patrimonio al que las mismas afectan, sino también se podrá proceder contra todos los bienes del discapacitado, sin importar al patrimonio al que pertenecen. En este sentido, nuestro legislador debería haber trasladado la idea de separación de responsabilidad por deudas, y establecido expresamente la responsabilidad del patrimonio protegido respecto de las deudas que genera su gestión, y que pudieran hacerse efectivas sobre la masa de bienes y derechos que lo componen, vinculado exclusivamente a cubrir las necesidades vitales del discapacitado, como sería si se tratase de constituir un patrimonio separado. Pero, como ponen de manifiesto Díez-Picazo y Gullón, no resulta esencial para que exista patrimonio separado precisamente la separación de responsabilidades, pues, ésta puede responder a la necesidad de que exista un régimen especial de gestión y administración; o a la presencia de intereses diferentes de los del titular<sup>39</sup>. La no comunicación de responsabilidad por deudas no es, desde la opinión expresada, esencial para que exista, como ocurre en este caso, patrimonio separado<sup>40</sup>. Pues bien, desde tal perspectiva, aunque resultare cierta la premisa de la que parten los autores, es necesario para que tenga lugar una separación de responsabilidades, que o bien exista una regulación expresa al respecto, o bien se dote de personalidad jurídica al patrimonio protegido, como de ambos aspectos no participa la regulación del patrimonio protegido; como patrimonio separado, en los términos que marca la LPPD, se puede concretar como determinante a la hora de su regulación legal, la existencia de una comunicación de responsabilidades por aplicación del artículo 1911 del Código Civil, entre este patrimonio separado y el personal del mismo titular<sup>41</sup>; cuando lo más lógico hubiera resultado que el legislador concretase expresamente que, en todo caso, de lo que responde el patrimonio protegido es de las deudas que se generen en el desarrollo de la actividad destinadas a cubrir las necesidades vitales del discapacitado, y no imponer los bienes y derechos que componen el patrimonio protegido a la ejecución de todo tipo de acreedores del

<sup>39</sup> Díez-Picazo L., y Gullón Ballesteros A., Sistema de Derecho Civil, vol. I Introducción, Derecho de la persona, op. cit., p. 394. En el mismo sentido, De los Mozos J.L., Aproximación a una teoría general del patrimonio, op. cit., pp. 607, quien precisa que, la existencia de un patrimonio separado, aunque la separación no llegue a ser absoluta.

<sup>40</sup> Pereña Vicente M., «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», Actualidad Civil, núm. 15, primera quincena septiembre de 2004, p. 1766.

<sup>41</sup> En esta línea, Pereña Vicente M., *Últ. Lug. Cit.*

discapacitado<sup>42</sup>. En todo caso, podemos hablar en la configuración por la LPPD de un patrimonio separado con especiales características<sup>43</sup>.

Se precisa aún más en esta configuración de la naturaleza del patrimonio protegido, cuando igualmente se indica en la Exposición de Motivos de la Ley que se trata de un patrimonio de destino, «en cuanto que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares»; de forma que los bienes que integran o van a integrar ese patrimonio, así como sus frutos, deberán dedicarse a la consecución de tal finalidad. No obstante, como afirma Montserrat Pereña, aunque se habla de «afección» de los bienes, frutos y productos destinados al cumplimiento de ésta, «no se puede hablar en sentido técnico de afección, pues los mecanismos que la Ley impone para garantizar el destino de tales bienes, no implica la sujeción real de éstos al cumplimiento de ningún fin»<sup>44</sup>; como tampoco responde a todas las notas que los autores determinan como características de este tipo excepcional de patrimonio: indeterminación personal de sus beneficiarios o carencia de titular actual determinado.

Con la previsión de este patrimonio separado, de destino, adscrito a un fin y carente de personalidad jurídica propia, el legislador, como precisa López-Galiócha Perona «ha rechazado como fórmula para los fines asistenciales del discapacitado la creación de fundaciones de interés particular, por otra parte prohibidas por nuestra Constitución, los fideicomisos sucesorios familiares fuera de los límites de nuestro Código Civil, o la carga de asistencia singular, de carácter duradero y afectada a una persona jurídica tutelar»<sup>45</sup>.

Asimismo, como creación *ex novo* en nuestro ordenamiento en los términos reseñados, este patrimonio protegido, patrimonio de destino, vinculado al cumplimiento de un fin específico, presenta cierta similitud con el instituto anglosajón del «trust», y más en concreto, en

<sup>42</sup> En este sentido, se expresaba la enmienda número 20 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados, al artículo 5.4, en la que se proponía la adición de un párrafo nuevo con el siguiente contenido: «(...) los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con carácter de patrimonio separado». BOCCG. Congreso de los Diputados, Serie A, nº 154-5, 10 de septiembre de 2003, pp. 26-27.

<sup>43</sup> En este mismo sentido, se pronuncia el Catedrático de Derecho Civil Cuadrado Iglesias M., «Reflexiones acerca del patrimonio protegido de personas con discapacidad», *Libro-Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, II*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 1135.

<sup>44</sup> Pereña Vicente M., «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», *op. cit.*, p. 1764.

<sup>45</sup> López-Galiócha Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 37.

el ámbito de derecho de familia, con el *trust for the disabled*<sup>46</sup>. Lo define la doctora Martín Santisteban como «un instrumento puesto a disposición de quienes (*settlor*) deseen beneficiar a un menor, anciano, enfermo, en general a un sujeto afectado por una causa de discapacidad, o el sujeto plenamente capaz que desee tomar mediadas en previsión de su propia discapacidad, transmiten mediante acto «mortis causa» o «inter vivos» la propiedad de determinados bienes a una persona física o jurídica («trustee»), que se obliga a administrarlos y gestionarlos en beneficio del menor o discapacitado (presente o futuro)»<sup>47</sup>. Dichos bienes no se integran en el patrimonio del «trustee» y quedan separados del resto de su patrimonio, por lo que resultan inatacables por parte de sus acreedores personales. Por esto, la Ley pone límites precisos a su duración, para evitar la inmovilización patrimonial excesivamente duradera en el tiempo<sup>48</sup>.

Las semejanzas, funcionales y estructurales, con esta modalidad del «trust» se centra en los siguientes aspectos<sup>49</sup>: a) Se reconoce legitimación activa para la constitución del patrimonio y la aportación de bienes y derechos a cualquier persona con interés legítimo; b) La creación del patrimonio de destino, de una masa patrimonial que carece de personalidad jurídica; c) La atribución de la administración en sentido amplio del patrimonio a una persona física o jurídica, que queda sujeta a las reglas establecidas en el acto de constitución por el constituyente de aquél; d) Se reconoce la posibilidad a quienes realizan aportaciones de establecer el destino ulterior de los bienes o derechos aportados o, en su caso, de su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido.

A estas semejanzas, como no podía ser de otra forma, se le unen importantes diferencias, derivadas esencialmente de que estamos en presencia de dos sistemas jurídicos distintos, y que la estructura del «trust» se vincula esencialmente a la «equity». Se puede señalar como diferencias<sup>50</sup>: a) Se exige para la constitución del patrimonio y las

<sup>46</sup> En este mismo sentido, García Caliente Y., «La protección del patrimonio de los discapacitados: ventajas fiscales», *Revista Electrónica de Geriatria y Gerontología*, vol. 7, núm. 1, 2005, p. 3 ([www.geriatrianet.com](http://www.geriatrianet.com)); López-Galiócha Perona J., *Ult. Lug. Cit.*

<sup>47</sup> Martín Santisteban S., «El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: Un acercamiento al «trust»», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, nº 612, 19 de febrero de 2004, p. 2.

<sup>48</sup> De Prada González J.M., «Patrimonios adscritos a fines», *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 1996, p. 180.

<sup>49</sup> Pastor Álvarez M<sup>o</sup> del C., «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas con discapacidad», *op. cit.*, p. 30; Martín Santisteban S., *Ult. Lug. Cit.*

<sup>50</sup> Martín Santisteban S., «El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad...», *op. cit.*, pp. 2-3; Pastor Álvarez M<sup>o</sup> del C., «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial...», *op. cit.*, pp. 30-31.



sucesivas aportaciones al mismo en la Ley 41/2003, como requisito formal, documento público o resolución judicial; mientras que en la creación del «trust» no se exige formalidad alguna; b) La LPPD no exige la separación entre el disfrute y gestión características del instituto del «trust»; c) El control y la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde en el caso del «trust» al guardián o *enforcer*; en la LPPD es atribuida al Ministerio Fiscal; d) Al constituirse como patrimonio separado y segregado del *trustee*, se prevé que no es ejecutable ni por los acreedores de quien constituyó dicho patrimonio, ni tampoco por los acreedores particulares del *trustee*, ni por sus causahabientes. Tal limitación no existe, tal como hemos expuesto, en la Ley 41/2003<sup>51</sup>.

Conviene aclarar que estas materias referidas a determinados aspectos definitorios de la estructura del patrimonio protegido, en las semejanzas y diferencias con el instituto del «trust», suponen anticipar lo que será objeto de desarrollo en otros apartados de este estudio.

En cualquier caso, el legislador de la Ley 41/2003 no se ha atrevido a recepcionar en su totalidad la institución del «trust», pese a como hemos visto existe ciertas semejanzas con el mismo, quizá por el recelo que causa una institución propia del *common law*; y, sobre todo, una pieza en el engranaje jurídico del «trust» como es la dualidad o desdoblamiento de la propiedad. No obstante, hemos de señalar que tal actitud contrasta con la asumida por otros países de nuestro entorno jurídico, donde sí existe una voluntad cierta de ir poco a poco consolidando una regulación relativa al mismo. Así, en Italia se han presentado varios Proyectos de Ley sobre la materia, el último se presentó a la Camera el 4 de diciembre de 1998, como Proyecto de Ley nº 5494 sobre «trust» en favor de personas discapacitadas; en Francia, la actual Proposición de Ley sobre fiducia de febrero de 2005 retoma en los sustantivos buena parte de la estructura y las reglas del Proyecto de Ley de 1992<sup>52</sup>. Por último, en Cataluña se ha hecho pública en el 2003 una propuesta integrada en los trabajos preparatorios del Cód-

<sup>51</sup> Pastor Álvarez M<sup>o</sup>del C., «Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial...», *op. cit.*, p. 31.

<sup>52</sup> Se acerca más al modelo de *trust* internacional del Convenio de la Haya sobre *trust*, de los Principios Europeos sobre *trust*, de las jurisdicciones *offshore*; y no al *trust* angloamericano.

Hay que destacar que, a diferencia del modelo español en lo relativo a la responsabilidad del patrimonio protegido, dispone que existe una transferencia de derechos a un patrimonio nuevo, separado del propio fiduciario, que queda afectado a los fines marcados en el contrato de fiducia, y, por tanto, a salvo de las reclamaciones de los acreedores personales del constituyente o del fiduciario. *Vid.*, un estudio detallado sobre esta Proposición de Ley, en Cámara Lapuente S., «Trust a la francesa», *Indret*, nº 283, mayo 2005, pp. 1-41 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

go Civil de Cataluña para regular los «patrimonios fiduciarios» dentro del libro relativo a los bienes.

#### 4. CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. SU RÉGIMEN JURÍDICO

##### 4.1. Elementos personales

El único titular y beneficiario del patrimonio protegido, pues ambos conceptos necesariamente coinciden, es la persona discapacitada conforme a los baremos ya reseñados en líneas precedentes, que vienen establecidos en el artículo 2 de la Ley.

Ahora bien, este titular-beneficiario discapacitado puede, asimismo, constituir el patrimonio protegido directamente, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente, de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1º de la Constitución Española). De forma que, además de titular y beneficiario, puede ser constituyente de aquél, e incluso, el administrador del mismo.

Pero, a parte del discapacitado, pueden constituir el patrimonio protegido cualquiera de las personas previstas en los números 1 y 2 del artículo 3 de la Ley. En el caso de que aquél padezca una minusvalía física o sensorial, podrá interesar su constitución a los padres, tutores o curadores. En el supuesto de que la persona con discapacidad lo sea por razón de su minusvalía psíquica, la ley autoriza además a sus guardadores de hecho, con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario, o hubieran de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario. Y es posible también la constitución a iniciativa de tercero, con el requisito inexcusable de que realice la oportuna aportación, teniendo en esta ocasión la condición de sujeto constituyente, bien la autoridad judicial, o la propia persona con discapacidad.

A todos ellos nos vamos a referir en este apartado, indicando en que supuestos es preceptiva su intervención para la constitución del patrimonio. Igualmente, nos vamos a referir a los sujetos aportantes, que pueden coincidir o no con estos sujetos constituyentes, lo que exigirá determinar quién está autorizado legalmente para realizar aportaciones y cuáles son las condiciones materiales y el título de la dotación.

En principio, como hemos indicado, legitimado en primer lugar para constituir el patrimonio es el *discapacitado* (artículo 3.1 a) LPD), quien tiene que tener para ello capacidad de obrar suficiente, y la

tiene, salvo incapacitación judicial o prórroga o rehabilitación de la patria potestad, la persona mayor de edad o emancipada o habilitada de edad. Con la mayoría de edad se alcanza la plena capacidad de obrar (artículo 322 del Código Civil); y, en el supuesto de emancipación se equipara, con algunas restricciones, al menor emancipado con el mayor de edad (artículo 323 del citado cuerpo legal).

De estar judicialmente incapacitada la persona mayor o menor de edad, tiene limitada la capacidad de obrar, en función de lo que establezca la sentencia de incapacitación: si se somete a curatela, el incapacitado conserva un cierto margen de actuación en los términos en que disponga aquélla expresamente, necesitando para todo lo demás la asistencia del curador; si, en cambio, se somete a tutela, será necesario contar con el consentimiento del tutor, como representante legal, para todo lo establecido en la sentencia de incapacitación; y, finalmente, de estar sometido a patria potestad prorrogada o rehabilitada, habrá, igualmente, que tener en cuenta el ámbito de actuación atribuido al incapacitado, pues fuera del mismo será necesaria la intervención de quienes ejercitan la patria potestad.

Peró si no está incapacitado judicialmente, y, sin embargo, se trata de un incapaz de hecho, que en el momento de proceder a la constitución del patrimonio carece de la capacidad natural de entender y de querer sobre lo que representa dicha actuación, a juicio del notario autorizante de la escritura pública de constitución de aquél, determina, igualmente, la no posibilidad de constitución del patrimonio por el propio discapacitado, al carecer éste de capacidad de autogobierno, de capacidad de obrar suficiente, en los términos que dispone la norma; y exige al Notario como fedatario público que ponga el hecho de esta falta de capacidad en la persona del discapacitado en conocimiento del Ministerio Fiscal en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 757 de la LEC, para que se inicie el procedimiento de incapacitación.

Ahora bien, en la expresión legal capacidad de obrar suficiente, —teniendo presente la aportación de bienes al patrimonio protegido—, debe entenderse además que el discapacitado ha de tener capacidad de disposición sobre tales bienes, tanto para el caso de que el mismo se autodesigna administrador del patrimonio protegido, como si el designado para que ejerza el cargo de administrador es otra persona. En principio, en la constitución de aquél, la aportación de bienes que tiene lugar por parte del discapacitado, lo es respecto de bienes de titularidad propia, lo que no supone un acto de enajenación, y, en consecuencia, no sería exigible una capacidad dispositiva sobre los mismos. Sin embargo, esta premisa debe ser matizada respecto de aquellos supuestos en que el designado como administrador no es el

propio discapacitado, sino una tercera persona, pues, en este caso, sobre la base de que dentro del término administración, tal como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley (apartado IV), en un sentido amplio, ha de incluirse también la disposición, y del hecho que tanto para este supuesto, como para el caso de que el discapacitado sea administrador, la ley establece una exención de autorización judicial para los actos de disposición y similares (de los supuestos previstos en los artículos 271 y 272 del Código Civil), la exigencia de una capacidad para disponer con respecto a los bienes integrados en el patrimonio protegido resulta necesaria<sup>33</sup>.

Por tanto, desde la perspectiva expuesta, cuando se trata de discapacitado mayor de edad con capacidad de obrar suficiente en los términos vistos, puede constituir el patrimonio protegido. Lo que en combinación con el contenido del artículo 2.2 de la Ley, permite, además, concluir que sólo los discapacitados físicos o sensoriales podrían constituir por sí solos el patrimonio protegido, siendo dudoso que ocurra lo mismo respecto a los discapacitados psíquicos no incapacitados, sobre todo si el grado de minusvalía es de cierto nivel (más de 33%), pues tienen limitadas sus capacidades intelectivas.

No obstante, tratándose de menor emancipado, y pese a que, como hemos indicado en líneas precedentes, en relación con su capacidad existe una equiparación con el mayor de edad, si bien con algunas restricciones, resulta más dudoso que, para el acto de constitución del patrimonio, tenga la capacidad suficiente requerida si partimos del hecho cierto, ya indicado, de que es posible excluir en el documento de constitución del patrimonio, la necesidad de autorización judicial de los artículos 271 y 272 del Código Civil, en la actuación del administrador nombrado. En todo caso, como se propone por algún autor, aunque no sería posible que por sí mismo pudiera crearlo, nada impediría que lo hiciera con su curador, es decir por la vía del artículo 3.1 b) de la LPPD<sup>34</sup>.

Si el discapacitado no tiene capacidad de obrar, dice la Ley que podrán constituir el patrimonio *sus padres, tutores o curadores* (artículo 3.1 b)).

Los *padres* son los sujetos constituyentes más habituales del patrimonio, pues, en ellos, parece que preferentemente está pensando la Ley, cuando constata en su Exposición de Motivos una realidad como es la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, y la

<sup>33</sup> De igual parecer, Peña Vicente M., *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, *op. cit.*, pp. 1766-1767; Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup>T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 113.

<sup>34</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup>T., *Últ. Lug. Cit.*, pp. 113-114.

preocupación de asegurar el futuro de la persona minusválida para cuando falten aquéllos.

Son los representantes legales, salvo que la sentencia de incapacitación haya señalado otra cosa, de sus hijos menores de edad discapacitados como mayores de edad, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

La Ley habla de padres, como progenitores, lo que permite que puedan constituir el patrimonio a favor del hijo discapacitado menor de edad, aunque hayan sido, alguno de ellos o ambos, privados de la patria potestad; o hayan sido nombrados como tutor/es o curador/es de sus hijos mayores de edad, —cuando éstos han sido incapacitados judicialmente—, personas distintas de los padres. Si bien, pueden éstos ser nombrados tutores, constituyendo como tales igualmente el patrimonio protegido.

De forma que, podrán los padres constituir el patrimonio protegido y realizar las correspondientes aportaciones de bienes al mismo, en el supuesto de: hijos menores de edad discapacitados, al ser sus representantes legales; hijos discapacitados emancipados, si bien junto a éstos, completando su capacidad, los padres llevarán a cabo la constitución de aquél; hijos mayores de edad incapacitados, y sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada como representantes legales suyos que son; y, finalmente, hijos mayores de edad discapacitados e incapacitados y sometidos a tutela o curatela, tanto si han sido nombrados o no tutores o curadores.

De tener el hijo discapacitado suficiente capacidad de obrar, los padres no pueden constituir el patrimonio por exigencia legal, pero si podrán solicitar al hijo su constitución, y que éste lo consienta, aportando simultáneamente a ese patrimonio que se constituya bienes y derechos de titularidad propia que sean suficientes. La negativa de aquél a llevar a cabo tal constitución, sea ésta justificada o no, no permite a los padres proceder a su constitución, ni tampoco acudir al fiscal para que inste al juez a que proceda atendiendo al interés de la persona discapacitada, aplicando en este supuesto el apartado 2 del artículo 3.2.

Además de los padres, y siempre que el discapacitado no tenga capacidad de obrar suficiente, pueden los tutores proceder a la constitución del patrimonio, sin que entre éstos y aquéllos exista una graduación en la intervención de los mismos en orden a la constitución del patrimonio.

Al hijo discapacitado e incapacitado judicialmente se le puede nombrar un tutor que no sea quienes ejercen la patria potestad, o pueden los padres haber sido privados de la patria potestad y nombrado un tutor para su representación, en ambos casos, simultáneamente

están legitimados tanto el tutor como los padres para constituir el patrimonio.

El tutor, al igual que los que ejercen la patria potestad, son representantes del hijo discapacitado menor o mayor de edad incapacitado, y pueden constituir el patrimonio con bienes propios del tutelado, integrados en su patrimonio personal, o con bienes de su propio patrimonio, o incluso incorporar al mismo los bienes ofrecidos por los padres de aquél.

Tanto si se trata de constitución por el tutor como por los padres, la administración del patrimonio puede reservarse a ellos mismos, —autodesignándose administradores—, o nombrar a otra persona para que ocupe dicho cargo. En el documento constitutivo se ha de especificar no sólo quien ocupará el cargo de administrador del patrimonio, sino también se han de configurar las reglas de administración y el control o supervisión que se estimen necesarios, que normalmente, y con relación a esto último, ante el nombramiento de un tercero como administrador, determinará que se reserven las facultades de fiscalización y control de la actuación que lleve a cabo éste, tanto los padres como el tutor/es, dependiendo de quien constituya el patrimonio.

El administrador nombrado por los padres o tutor/es se convierte en representante legal, como señala la Ley, lo que choca con lo que hasta ahora resultaba ser una materia reservada exclusivamente al control judicial. No obstante, la no existencia de un control judicial en el momento de constitución del patrimonio no implica que el mismo no tenga lugar durante su funcionamiento; y, asimismo, que sea obligatoria la autorización judicial en los mismos supuestos que lo es para el tutor, conforme disponen los artículos 271 y 272 del Código Civil; y mantiene el artículo 5.2 de la LPPD, sin perjuicio de la exención a dicha autorización dispuesta en el apartado 3, en la que como veremos más adelante cuando nos ocupemos de la administración del patrimonio, la intervención del Ministerio Fiscal y del juez es preceptiva.

El tercer legitimado para constituir el patrimonio protegido según dispone el ya mencionado artículo 3.1 b) de la ley es el *curador*. A diferencia de los anteriores, el curador no es el representante del discapacitado, sino que asiste al curatelado, tal como dispone el artículo 289 del Código Civil respecto de *«aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido»*, o de no haberse especificado éstos, en los casos previstos en los citados artículos 271 y 272.

Ahora bien, la Ley al conceder al curador la facultad de constituir el patrimonio del discapacitado, implica atribuirle una capacidad de la que carece. Como hemos indicado, el curador no sustituye la voluntad del curatelado, sino que simplemente la complementa. De forma que, para el acto de constitución del patrimonio, y salvo que la sen-

tencia de incapacitación dispusiera otra cosa, la Ley debería haber establecido que para constituir el patrimonio protegido sería necesario contar con el consentimiento del discapacitado asistido por el curador, es decir, se requeriría el concurso y el consentimiento de ambos para constituir el patrimonio protegido<sup>35</sup>. Sin embargo, la ley no se pronuncia en estos términos, sino que pone al mismo nivel al tutor y al curador, lo que tal actitud ha dado lugar a diversas interpretaciones en la doctrina; así, para unos se trata de «una falta de precisión del legislador y, por tanto, sólo al discapacitado corresponderá la legitimación para constituir el patrimonio»<sup>36</sup>; para otros, constituye «una auténtica novedad en nuestro ordenamiento»<sup>37</sup>. Se trata, a nuestro parecer, más un descuido del legislador que un intento de modificar desde la reforma de 1983 lo que tradicionalmente ha sido la facultad asistencial o complementaria de la voluntad del curatelado. Por tanto, si en la sentencia de incapacitación no se establece nada al respecto, el discapacitado sometido a curatela podrá por sí solo constituir el patrimonio protegido; de no ser así, el curador deberá simplemente asistir al discapacitado-curatelado, correspondiendo a éste prestar el consentimiento al acto de constitución, y sin que esto suponga atribuirle al curador una facultad directa de constitución que no le corresponde, y que suponga en definitiva la sustitución expresa del curatelado en la constitución del patrimonio.

De existir discrepancias en torno a la virtualidad de una eventual constitución del patrimonio, se podrá acudir al juez para que resuelva lo que considere pertinente en beneficio del discapacitado.

Constituido el patrimonio por el curatelado, en el documento acreditativo de tal constitución, además de establecer las reglas de administración y de control y supervisión del patrimonio protegido, se debe designar a quién corresponde ocupar el cargo de administrador, que bien puede recaer en el discapacitado-curatelado, si tiene capacidad para ello; o, de no ser así, en el curador, pasando a ser representante legal de aquél, lo que supone una importante ampliación de sus facultades, si bien, sólo respecto del patrimonio protegido; o, simplemente, tomar la decisión de designar a una tercera persona para que ocupe tal cargo, convirtiéndose en representante legal del curatelado respecto del patrimonio protegido y no necesitando contar con la asistencia del curador para el desempeño de su cargo, ni siquiera para la

<sup>35</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup>T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 123.

<sup>36</sup> Perena Vicente M., «El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado», *op. cit.*, p. 1767.

<sup>37</sup> López-Gallacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 42.

realización de los actos establecidos en los tantas veces mencionados artículos 271 y 272 del Código Civil, para lo que simplemente se exige autorización judicial.

También la Ley permite la constitución del patrimonio protegido por el «guardador de hecho» de una persona con discapacidad psíquica, mediante «los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario», según dispone el artículo 3.1 c) de la LPPD.

De su tenor literal parece desprenderse que: 1º. Se atribuye al guardador de hecho una facultad de constitución. ¿Es posible tal atribución? De la remisión a la regulación contenida en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil, que hace el mencionado artículo 3.1 c) de la Ley, referida esencialmente a los guardadores de hecho; y del hecho de que el legislador se refiera al guardador de hecho en un apartado distinto a los guardadores legales, parece desprenderse que, más que constitución, en todo caso, se podría instar o promover unas medidas de protección para ciertos bienes integrantes del patrimonio general del discapacitado, pues para la constitución se requiere que tal guarda sea legal<sup>38</sup>. Además, no se puede presumir de partida que el sometido a guarda de hecho no tenga en el momento de otorgamiento capacidad de obrar suficiente, y en consecuencia, le corresponda al mismo tal constitución.

Por tanto, de instarse por el guardador de hecho la constitución ante Notario del citado patrimonio sobre los bienes indicados, supondría que éste, como funcionario público, debería promover la constitución de la tutela, y al mismo tiempo poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de una guarda de hecho. El juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, podría requerir información al guardador sobre la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz, pudiendo establecer, asimismo, las medidas de control que considere oportunas (artículo 303). E, igualmente, podrá mantener la guarda, nombrar un defensor judicial, o si lo considera oportuno, proceder a la constitución del patrimonio instada a favor del discapacitado o permitiendo que lo haga el guardador, convirtiéndolo al acto en inatacable por redundar en utilidad del discapacitado (artículo 304).

<sup>38</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup>T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pp. 127 a 130, esp. p. 127.

La mención al guardador de hecho tuvo lugar por vía de enmienda, la número 41, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) en el Congreso. BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A, nº 154-5, 10 de septiembre, p. 36.

2º. Se reduce la «constitución del patrimonio» sólo cuando el discapacitado presenta una minusvalía psíquica, no física. Lo que resulta del todo cierto, y calificable de nuevo de un descuido del legislador.

3º. La «constitución del patrimonio protegido» por el guardador de hecho no puede hacerse con otros bienes que los enumerados en el artículo 3.1 c). Lo que, como señala López-Galiacho «entra en clara contradicción con la finalidad principal perseguida por la Ley —la asistencia al discapacitado—»<sup>59</sup>.

Junto a estos legitimados, la Ley señala como sujetos que pueden solicitar la constitución de un patrimonio protegido, a «cualquier persona (tercero) con interés legítimo» (artículo 3.2 LPPD), que ofrezca al mismo tiempo una aportación de bienes suficientes. Dicha solicitud debe dirigirse a las personas legitimadas para constituirlo, para que éstas presten su consentimiento previo a tal constitución. Así, a la persona discapacitada, si tiene suficiente capacidad de obrar; o careciendo de ella, a sus padres, tutores o curadores.

Dos son, pues, los requisitos que establece la Ley para que la solicitud tenga efecto:

1º. Que el solicitante sea un «tercero con interés legítimo». La exigencia de un «interés legítimo» supone introducir un concepto jurídico indeterminado, cuya virtualidad práctica no es otra que no permitir que cualquier persona pueda llevar a cabo una aportación a un patrimonio protegido, sino sólo aquella que persiga un interés que permita mejorar el bienestar asistencial del beneficiario-discapacitado. Corresponde valorar cuando se presente la solicitud, tanto al discapacitado capaz o, en su caso a sus representantes legales, dicho extremo.

Se ha de entender, por tanto, incluido en tal concepto cualquier tipo de interés, siempre que beneficie al discapacitado, bien proceda de lazos afectivos, de parentesco, etc.<sup>60</sup>. En principio, se presume que interés legítimo lo tienen los padres o ascendientes, el tutor, el curador y el guardador de hecho. E igual presunción debería operar, sin necesidad de justificación alguna, respecto de terceros que aportan bienes a título gratuito para favorecer a un discapacitado con el que no le unen lazos familiares o de amistad. Dicho de otro modo, bastaría presumir que este simple *animus donandi* de un tercero es ya un «interés legítimo»; y, que su actuación en beneficio del discapacitado, representa, sin necesidad de otras consideraciones, que se actúa en

beneficio del discapacitado, en su «interés»<sup>61</sup>. Resulta, por tanto, criticable e innecesario el empleo de tal concepto jurídico indeterminado, cuando la actuación del tercero ya de por sí, se ha de considerar legítima por lo que representa, y concorde con el fin asistencial del discapacitado que persigue la norma.

2º. El ofrecimiento de bienes que, además, sean suficientes para cumplir el fin asistencial que se persigue con la constitución del patrimonio protegido. La determinación de la suficiencia de las aportaciones, al no haberse fijado en la Ley una dotación mínima, de forma similar ha como se hace en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, habrá de valorarse en cada caso<sup>62</sup>; y corresponde tanto a los legitimados para constituir el patrimonio (el discapacitado, padres, tutores o curador), como al Notario autorizante de la escritura de constitución, llevar a cabo tal valoración.

Ahora bien, la solicitud de la constitución del patrimonio con los requisitos reseñados, puede ser aceptada o rechazada tanto por el propio discapacitado capaz, como, ante la carencia de capacidad de obrar suficiente en éste, por sus padres, tutores o curadores. No olvidemos que a éstos corresponde prestar el consentimiento previo a la constitución solicitada<sup>63</sup>.

Así, el discapacitado capaz puede aceptar la solicitud del tercero y proceder a la constitución del patrimonio con la aportación de bienes suficientes que ha de acompañar a la solicitud. Si se niega, no cabe frente a esta negativa recurso alguno, y, por tanto, no es posible la constitución del patrimonio.

Si aquél carece de capacidad de obrar suficiente, corresponde aceptar o rechazar la constitución del patrimonio a sus guardadores legales. Si aceptan, al igual que en el caso del discapacitado capaz, se procede a la constitución del patrimonio. Si se niegan injustificadamente los padres, tutores o curadores, el solicitante puede acudir al Ministerio Fiscal, quien instará al Juez para que actúe como mejor proceda para el interés de la persona con discapacidad. Si la decisión judicial fuera favorable a la constitución, los representantes legales

<sup>59</sup> En similares términos, Pereña Vicente M., El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado, *op. cit.*, p. 1768; López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 43.

<sup>60</sup> Para la Ley de Fundaciones, «se presumirá suficiente la dotación cuyo valor económico alcance los 30.000 euros».

<sup>61</sup> Pone de manifiesto el profesor Cuadrado Iglesias el diferente trato entre la constitución por «cualquier persona con interés legítimo»; y, los padres, tutores y curadores, más favorable a aquéllos que a éstos, pues, mientras los padres, tutores y curadores solamente pueden constituir el patrimonio si la persona con discapacidad no tiene capacidad de obrar suficiente; cualquier otra persona lo puede constituir, aunque el discapacitado tenga capacidad de obrar, si bien requiere la aprobación de éste. *Vid.*, Cuadrado Iglesias M., Reflexiones acerca del patrimonio protegido, *op. cit.*, p. 1139.

<sup>59</sup> López-Galiacho Perona J., *Últ. Lag. Cit.*

<sup>60</sup> Díaz Alahart S., y Álvarez Moreno M.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, pp. 130-131.

del discapacitado quedan excluidos *ope legis*, salvo justa causa, como posibles administradores del patrimonio (artículo 3.2 párrafo 2 de la Ley). Lo que puede entenderse como una «sanción» civil consecuencia de su negativa injustificada a la constitución de patrimonio<sup>64</sup>. Si fuera contraria, no se procederá a la constitución del patrimonio.

Dos precisiones básicas conviene añadir a lo anteriormente expuesto: por un lado, que si bien el papel del Ministerio Fiscal en esta materia supone resolver si la negativa de los padres o tutores a la solicitud de constitución de un patrimonio por un tercero con interés legítimo es o no injustificada, y, si no lo es, instar al juez lo que mejor se acomode al interés del discapacitado; pues, si lo es, parece lógico no proceder al respecto; sin embargo, corresponde al Juez la constitución del patrimonio, supliendo al efecto la inactividad de los padres, o guardadores legales que se han negado a constituirlo; y, por otro lado, resulta curioso que cuando la Ley en el artículo 2.2 apartado 2 se refiere a la posible actitud negativa ante la solicitud de un tercero de los guardadores legales, solo se alude a los padres o tutores, obviando cualquier mención del curador. Lo que debe interpretarse como una omisión involuntaria del legislador; pues no se entendería que en el primer apartado, sin embargo, se aluda a la exigencia previa del consentimiento del curador para la admisión de la solicitud, cuando el mismo fuese preceptivo. Un consentimiento que en su desarrollo puede ser positivo o negativo.

Aunque la Ley no menciona expresamente en el artículo 2 entre los sujetos constituyentes del patrimonio protegido al Juez, no existe ningún inconveniente en que se configure como un sujeto constituyente más, si tal decisión resulta beneficiosa para el bienestar del discapacitado. Mientras se tramita el proceso de incapacitación, como en la sentencia de incapacitación, se puede adoptar la decisión de constitución del patrimonio protegido. El artículo 216.2 del Código Civil señala que «*las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela y guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos*». Entre estas medidas, obviamente, puede convenirse

<sup>64</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 143.

Por su parte, López-Galiacho entiende «que generalizar esta sanción puede resultar por partida doble contraria a los intereses del discapacitado, pues, por una parte, hay que pensar que los representantes, al negarse se han limitado a valorar que, su constitución no le convenía al discapacitado, y, por otra, puede resultar peligroso para los intereses del beneficiario descartar sin más en la administración del patrimonio protegido a personas tan directa y estrechamente vinculadas con el beneficiario». López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 43.

la constitución de un patrimonio protegido. Por su parte, el artículo 762 párrafo 1º de la LEC concede al tribunal competente que tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona «*la adopción de oficio de las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio*». Igualmente, como medida cautelar puede decretarse la constitución de aquél. De existir sentencia de incapacitación, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 760 de la citada Ley adjetiva, se puede también incluir como contenido de la misma, aparte de la determinación del alcance y extensión de la incapacitación, la posibilidad de constitución de un patrimonio protegido. Decisión que puede provenir de una petición del Ministerio Fiscal o del discapacitado como contenido de una escritura de autotutela, o de los guardadores legales o de hecho de éste, o, en fin del propio Juez, siempre que suponga un beneficio para el discapacitado incapacitado, y con la consiguiente aportación de todo o parte de los bienes que conforman el patrimonio personal de éste<sup>65</sup>.

Vistos los sujetos constituyentes, y, en su caso, solicitantes, resulta necesario aludir en este *excursus* definitorio del ámbito subjetivo a la figura del *sujeto aportante*, que, o bien se trata de una persona que realiza aportaciones a título gratuito y no sometidas a término a un patrimonio protegido ya constituido; o se trata de tercero con interés legítimo que, además de solicitar la creación de un patrimonio protegido, ofrece una aportación inicial. De forma que, se trataría de un tercero constituyente y, a la vez, aportante. En este punto, los sujetos aportantes deben contar, como requisito ineludible, con el consentimiento de la persona con discapacidad o el de sus guardadores legales. Y resulta, asimismo, recomendable, que en el documento de constitución determinen tales sujetos el destino de los bienes, para cuando se extinga el patrimonio.

Finalmente, y aunque resulte reiterativo, resaltar que en todos los supuestos que hemos indicado, de intervención del discapacitado en la constitución del patrimonio, quien debe apreciar si tiene suficiente capacidad de obrar es el notario autorizante de la escritura de constitución.

#### 4.2. Elementos reales. Contenido del patrimonio

El objeto de la Ley, más en concreto del patrimonio protegido, tal como indica el artículo 1.1 de la misma, lo constituyen las aportacio-

<sup>65</sup> Vid., López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 44.

nes a título gratuito de bienes y derechos al mismo, como los frutos, productos y rendimientos de éstos, destinados a la satisfacción de las necesidades vitales del discapacitado. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

Como precisa la Exposición de Motivos de la Ley, la constitución de un patrimonio requiere inexcusablemente de una aportación originaria de bienes y derechos; de ahí que tal aportación, —que conforma el contenido patrimonial de aquél—, puede llevarse a cabo por el propio beneficiario-discapacitado, si teniendo capacidad de obrar suficiente, y constituye el patrimonio por sí mismo. Los bienes y derechos que se aporten provendrán la mayoría de las veces del patrimonio global del discapacitado, y podrán ser aportados la totalidad o parte de los mismos. Si aquél carece de capacidad de obrar suficiente, los padres, tutores o curadores que constituyen el patrimonio, nutrirán a éste con bienes y derechos del propio discapacitado, e integrantes de su patrimonio personal, o con bienes propiedad de los mismos.

Si quien aporta bienes o derechos es cualquier persona con interés legítimo, debe contar, para que la misma sea efectiva, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres, o tutores o curadores, si aquélla no tuviera capacidad de obrar suficiente (artículo 4.2 de la Ley). Y, además, para poder realizar el ofrecimiento de tales bienes o derechos, deberá tener capacidad para contratar y testar, en su caso; y disponer plenamente de sus bienes.

El momento para llevar a cabo la aportación/es al patrimonio protegido puede ser *simultáneamente* a su constitución, lo que tendrá lugar: cuando el tercero con interés legítimo solicita la constitución del patrimonio, en los términos vistos en el anterior apartado; o cuando llega a conocimiento de ese tercero la constitución de un patrimonio por el propio beneficiario capaz, o por sus guardadores legales, y toma la decisión de aportar bienes o derechos al mismo.

O puede ser *posteriormente* a la misma, exigiéndose para éstas últimas los mismos requisitos de formalidad que para la aportación/es constitutivas (artículo 4.1 de la Ley). Y, además, debe contar con los consentimientos anteriormente descritos.

E, incluso, cabe la posibilidad de que tales aportaciones se realicen con carácter *previo* a tal constitución del patrimonio.

La naturaleza de estas aportaciones de bienes y derechos, cuando las realiza un tercero, —y por tercero se entiende, a estos efectos, cualquier persona distinta del beneficiario del patrimonio, incluidos los padres, tutores o curadores—, señala la Exposición de Motivos de la Ley y corrobora su artículo 4.2 *in fine*, deben ser a título gratuito, bien por *acto inter vivos o mortis causa*, y no podrán someterse a término,

aunque sí a condición o modo, siempre y cuando tanto la condición como el modo impuestos no vulnere la finalidad asistencial concreta a la que responde la constitución del patrimonio<sup>66</sup>.

En este contexto, nada se dice, en cambio, sobre la naturaleza de la aportación verificada por el propio discapacitado. Lo más razonable sería entender que cualquier aportación, independiente de quien sea el sujeto titular del bien que se aporta, debiera, en todo caso, hacerse a título gratuito, *inter vivos o mortis causa*. Sin embargo, desde esta perspectiva, si bien sólo para el caso de aportaciones de bienes o derechos de titularidad de la persona discapacitada, éstas deberían ser a título gratuito e *inter vivos* y no sería descartable que también lo fueran a título distinto al gratuito, permitiendo que el discapacitado aporte un bien a cambio de recuperar otro, pero en este caso, como bien precisa la profesora Pereña Vicente, «deberán observarse las reglas de administración del patrimonio protegido y, en su caso, las normas fiscales que prevé la Ley para los supuestos en los que algún bien sale del patrimonio en un determinado plazo»<sup>67</sup>.

De forma que, tanto las aportaciones que realice un tercero, como las de la persona discapacitada capaz deberán, por regla general, realizarse a título gratuito, y al llevarse a cabo por *acto inter vivos* (donación), o *mortis causa* (a título de heredero o legado) con relación a aquéllos, en nada van a modificar las reglas del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos relativas a estos distintos actos jurídicos. Así, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha donación podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por superveniencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente<sup>68</sup>.

Ahora bien, como hemos indicado tanto en líneas precedentes como en el apartado anterior, tanto para la constitución del patrimonio, como para las aportaciones que se realicen al mismo, el tercero con interés legítimo ha de contar siempre con el consentimiento, con la voluntad conforme del discapacitado con capacidad de obrar sufi-

<sup>66</sup> Precisan acertadamente las profesoras Díaz Alabart y Álvarez Moreno que «tanto si las aportaciones se someten a condición, como si son modales, deberá cumplirse la condición o modo impuesto por el aportante. Si ello no fuera posible, habrá de hacerse en los términos más análogos y conformes a la voluntad del aportante en que pueda llevarse a cabo, por aplicación analógica del artículo 798 del Código Civil, y, tal como prevé la propia Exposición de Motivos de la Ley (Apartado IV, último párrafo)». Vid., Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 138.

<sup>67</sup> Pereña Vicente M., *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, *op. cit.*, p. 1769.

<sup>68</sup> Apartado III de la Exposición de Motivos de la ley.

ciente; o, a falta de ésta, con el de los padres, tutores o curadores. La negativa injustificada de estos últimos determina, conforme el artículo 4.2 párrafo segundo, —y, al igual que el artículo 3.2 para la constitución—, que la persona que hubiera ofrecido la aportación acuda al Ministerio Fiscal, quien instará al Juez lo que proceda, atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

Si el juez resuelve positivamente, se hará efectiva la aportación; en caso contrario, ésta no podrá tener lugar; pero, si este mismo tercero aportante con interés legítimo pretende realizar sucesivamente más aportaciones, se plantea el interrogante de si tiene de nuevo que solicitar el consentimiento para hacer efectiva las mismas a los que con anterioridad se la negaron. Parece que del tenor literal de la Ley se deduce que cada solicitud de aportación se debe acompañar de la formalidad del consentimiento de quienes son los guardadores legales, y todo pese a que en su momento se le autorizó de una forma u otra la constitución del patrimonio protegido, y su aportación inicial<sup>69</sup>.

En todo caso, al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, este tercero, como cualquier otro aportante, podrán establecer el destino que «deba darse a tales bienes o derechos, o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes o derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil, o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables» (artículo 4.3 de la Ley).

Resta decir que las aportaciones al patrimonio protegido pueden ser de bienes muebles o inmuebles sobre los que recaiga alguna garantía o, con algún gravamen impuesto, siempre que éste sea inferior al valor de lo donado; e, igualmente, aquéllas pueden ser dinerarias o no dinerarias, con los importantes efectos fiscales que para estas últimas determina la LPPD<sup>70</sup>. Si se llevan a cabo por terceros, será necesario que los bienes y derechos aportados no sean personalísimos e intransmisibles. Pero de ser una aportación del propio discapacitado, nada impide que aporte derechos personales como los derechos de uso o habitación (artículo 525 del Código Civil), o los que se derivan de una creación intelectual, pues éstos no se traspasan a otra persona, sino que permanecen en la titularidad del discapacitado<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> No es de la misma opinión López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, pp. 45-46, quien considera innecesario el consentimiento de los representantes del discapacitado para una aportación posterior.

<sup>70</sup> Moretón Sanz M<sup>a</sup>.F., *Protección civil de la discapacidad...*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>71</sup> *Vid.*, Pereña Vicente M., *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, *op. cit.*, p. 1768; López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 46.

Finalmente, señalar que el beneficiario ocupará en los bienes y derechos aportados al patrimonio la misma posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados<sup>72</sup>. Y que, en virtud del principio de subrogación real aplicable a este patrimonio protegido como consecuencia de su calificación como tal, tendrá lugar «no sólo cuando sea automática, sustitución de un bien por otro, sino que también se aplicará a la subrogación por empleo o reemplazo, y por sustitución ya que sólo así se garantiza la integridad del patrimonio protegido»<sup>73</sup>.

#### 4.3. Elementos formales. Forma de constitución del patrimonio

La Ley dispone en el artículo 3.3 que el patrimonio protegido se constituirá en documento público o por resolución judicial.

El documento público será la forma más habitual de constitución, y lo será en la forma notarial, que tendrá lugar por medio de escritura pública.

La resolución judicial se dará en el supuesto de negativa de los padres, tutores o curadores a la constitución del mismo o, a las aportaciones posteriores por parte de un tercero con interés legítimo (artículo 3.2, párrafo 2 de la Ley); o en el supuesto de constitución del patrimonio por parte del guardador de hecho de los discapacitados psíquicos (artículo 3.1 c) de la citada Ley); o en el caso de tramitación de un proceso de incapacitación, como medida decretada para la protección de la persona y bienes del discapacitado; o como contenido de la sentencia de incapacitación.

Tanto el documento público como la resolución judicial que determinen la constitución del patrimonio, deberán tener como contenido mínimo:

- El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.
- La determinación de las reglas de administración<sup>74</sup> y, en su caso, de fiscalización, incluyendo, además del nombramiento del administrador/es; los procedimientos para la designación

<sup>72</sup> Moretón Sanz M<sup>a</sup>.F., *Protección civil de la discapacidad...*, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>73</sup> Pereña Vicente M., *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, *op. cit.*, p. 1769.

Por su parte, el profesor Cuadrado Iglesias deduce tal subrogación del término «equivalentes», del artículo 4.3 de la Ley. *Vid.*, Cuadrado Iglesias M., *Reflexiones acerca del patrimonio protegido*, *op. cit.*, p. 1137.

<sup>74</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley, que analizaremos en el siguiente apartado.



de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización, en el caso de que no haya sido nombrados.

- c) Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

La Ley, sin embargo, no señala específicamente si también ha de incluirse como parte del contenido la aceptación del beneficiario o de su representante legal en el caso de aportación de un bien inmueble, como dispone el artículo 633 del Código Civil. Parece que debería incluirse tal aceptación, no sólo por representar una exigencia legal en la donación de bienes inmuebles; sino también, porque la propia Ley determina que la existencia del patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil<sup>75</sup>.

Dos puntualizaciones exigidas antes de finalizar este apartado, por un lado, que la Ley no establece formalidad alguna para los consentimientos necesarios a prestar por el discapacitado o sus guardadores legales, tanto para la constitución inicial del patrimonio como para las aportaciones iniciales y posteriores a aquélla que tengan lugar, ante la solicitud de un tercero con interés legítimo. Quizá no hubiera estado de más haber previsto alguna; y, por otro, no es descartable la posibilidad de constitución de patrimonio protegido tanto por escritura de autotutela, pues, como dispone el artículo 223 del Código Civil, reformado también por la LPPD, «cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor», y, siendo una de estas disposiciones precisamente la constitución de aquél; como por testamento de los padres respecto de sus hijos menores o incapaces, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 223 del citado cuerpo legal, pues, permite, además de nombrar tutor, y establecer órganos de fiscalización de la tutela, designar las personas que hayan de integrarlos, y, ordenar **cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapaces**. Esta otra disposición, igualmente, puede ser la constitución de un patrimonio protegido, o la aportación/es posteriores a uno ya constituido. Una opción decretada respecto de un hijo discapacitado e incapaz, y que observa la formalidad exigida en el artículo 3.3 de la LPPD, pues el testamento es también un documento público.

<sup>75</sup> Perea Vicente M., *Últ. Lug. Cit.*; López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 47.

Pero no sólo por los padres, y pese al silencio de la Ley sobre la base determinada en el artículo 223 y su aplicación analógica, cualquier persona puede aportar bienes al patrimonio protegido en disposición testamentaria de forma directa, o mediante albacea nombrado, indicándole los bienes o derechos concretos a aportar al patrimonio protegido. En este caso, corresponderá la aceptación o repudiación de tal disposición testamentaria al propio discapacitado, si tiene suficiente capacidad de obrar; de no tenerla, a sus representantes legales<sup>76</sup>.

## 5. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Se ha de partir del hecho de que se trata de una administración entendida en sentido amplio, en la que se comprende tanto los actos de gestión, como los de disposición.

Las reglas que la conforman se encuentran contenidas en el artículo 5 de la Ley. Se distingue según que el patrimonio protegido se haya constituido por el propio beneficiario, por sus padres, tutores o curadores, o por un tercero con interés legítimo. Si lo ha creado el propio beneficiario con capacidad de obrar suficiente, tendrá plena libertad para determinar el régimen de administración, de forma que cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que integran el patrimonio, éste se administrará conforme a las reglas contenidas en el documento público de constitución. En él se podrá establecer que el administrador sea el propio beneficiario, o bien que éste confíe el cargo a terceras personas, o que corresponda a entidades sin ánimo de lucro especializadas en la atención de personas con discapacidad.

Cuando la constitución del patrimonio corresponde a personas distintas del discapacitado, —padres, tutores o curadores, guardador de hecho o tercero con interés legítimo—, las reglas de administración establecidas en el documento público de constitución deberán prever, además de la designación del administrador, —que puede recaer en ellos mismos, en una tercera persona, o en una institución especiali-

<sup>76</sup> *Vid.*, Cuadrado Iglesias M., Reflexiones acerca del patrimonio protegido, *op. cit.*, p. 1143, quien precisa, además, que en este último caso los padres, tutores o curadores del discapacitado necesitarán autorización judicial, si aceptan a beneficio de inventario, tal como dispone el artículo 271.4º del Código Civil.

Por su parte, Rivera Álvarez J.M., señala, igualmente, la necesidad de autorización judicial para el caso de repudiación, cumpliendo así las finalidades prevenidas por la Ley. *Vid.*, Rivera Álvarez J.M., «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, p. 97.

zada—; la obligatoriedad de la autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme los artículos 271 y 272 del Código Civil, o en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables (artículo 5.2). No obstante se permite que el juez pueda flexibilizar en cualquier momento—bien al constituirlo o, bien posteriormente—, este régimen de la forma que estime más conveniente, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal para que solicite al juez competente, «la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador, o cualquier otra circunstancias de análoga naturaleza» (artículo 5.3).

Ahora bien, esta necesidad de autorización judicial para la validez de ciertos actos a celebrar por el administrador, en cambio, la excluye expresamente la Ley cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente; y esta otra nueva excepción tiene lugar no sólo para el caso de que el beneficiario se designe como administrador, sino también para el supuesto de que el nombrado administrador por el beneficiario sea una tercera persona, física o jurídica. No olvidemos que el beneficiario capaz tiene plena libertad tanto para la fijación de las reglas de administración, como para la designación de administrador.

Precisamente, cuando el administrador del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario, sino otra persona distinta, dice la Ley que tendrá la condición de *representante legal* de aquél, para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia (artículo 5.7). Y, aunque del tenor literal de la norma se desprenda que también tendrá la condición de representante legal el administrador designado por el discapacitado capaz, tal forma de proceder resulta criticable, pues partimos de la capacidad del beneficiario-discapacitado, lo que excluye la necesidad de una representación legal; y, del hecho cierto que, en este supuesto de administrador nombrado por el discapacitado, más que ante un representante legal, estamos ante un representante voluntario<sup>77</sup>. No

<sup>77</sup> En este mismo sentido, López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, pp. 49-50; Pereña Vicente M., «El incapacidad ante la nueva protección jurídica del discapacitado», *op. cit.*, p. 1771.

Se propuso en la línea expuesta una enmienda de modificación del texto del artículo 5.7, la número 50, presentada en el Congreso, por el Grupo Parlamentario-Catalán (Convergencia i Unió), donde se disponía que «El administrador del patrimonio protegido, cuando

obstante, a partir de este momento no le queda al beneficiario otro mecanismo de control sobre la actuación del administrador que aquellos que se hubiesen reservado en el documento constitutivo, al fijar las reglas de administración y fiscalización. Por ello, si no está de acuerdo con la actuación del administrador, la única vía de la que dispone es de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que solicite al Juez lo que estime más conveniente<sup>78</sup>.

El nombramiento del administrador que tiene la condición de «representante legal» del discapacitado en cuanto a los actos de administración de los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, según dispone el citado artículo 5.7, se hará constar en el Registro Civil (artículo 8.1).

Vistas las reglas aplicables a la administración del patrimonio protegido, es necesario dedicar unas líneas al sujeto que lleva a cabo la administración (el administrador del patrimonio protegido).

Se puede designar como administrador tanto a una persona física como a varias que formen un órgano colegiado; o a una persona jurídica.

Si bien, precisa la Ley, en su artículo 5.5 que «en ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no pueden ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables». De forma que, se establece por remisión las causas de prohibición para ser tutor, que vienen a ser las mismas que para administrador. Así, al respecto, serán de aplicación los artículos 243, 244 y 245 del Código Civil. Por su parte, el artículo 242 del Código Civil establece como requisitos para que una persona jurídica sea tutora que «no tengan finalidad lucrativa y entre sus fines figure la protección de menores o incapaces». De forma que para ser administrador del patrimonio protegido se requiere no incurrir en cualquiera de las causas de inhabilidad para ser tutor, indicadas en los artículos precedentes; y, siendo una persona jurídica, para ser nombrada administradora de un patri-

do no sea el propio beneficiario, tendrá la condición de representante de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido...». La justificación se basaba en la mejora técnica, pues la calificación como «representante legal» del administrador del patrimonio protegido induce a confusión ya que, si el beneficiario del patrimonio es menor o está incapacitado, sus representantes legales serán, bien sus padres, bien su tutor. Debe evitarse, pues, calificar también al administrador del patrimonio protegido, cuyo ámbito de competencia se circunscribe a la realización de actos de gestión sobre el propio patrimonio protegido, como «representante legal». *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º 154-5, 10 de septiembre 2003, p. 39.

Con el mismo contenido y por el mismo Grupo Parlamentario se reitero su proposición en el Senado, con la enmienda n.º 26. *BOCG*, Senado, Serie II, n.º 152, 13 de octubre de 2003, p. 31. Ambas enmiendas fueron rechazadas.

<sup>78</sup> Vid., Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.ª T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 146.

monio protegido, debe cumplir con los mismos requisitos reseñados para ser tutora.

Ahora bien, tratándose de personas físicas, puede ser nombrado como administrador:

1º. El propio beneficiario-constituyente del patrimonio si tiene capacidad de obrar suficiente. De forma que será administrador de dos patrimonios: el personal y el protegido. Y estará exento de rendir cuentas al Ministerio Fiscal. Cabe que prefiera designar a otra persona como administrador aplicando a su actuación las reglas establecidas con anterioridad; y la calificación *ope legis* de «representante legal». En todo caso, la administración se sujetará a las reglas establecidas en el documento de constitución por el propio beneficiario-constituyente.

Cabe, igualmente, la posibilidad de que la administración corresponde a persona distinta del discapacitado, por voluntad del tercero constituyente que así lo ha dispuesto, y ha sido aceptado por el discapacitado.

2º. Si el beneficiario carece de capacidad de obrar, y los padres constituyentes del patrimonio fueran los administradores del mismo, además de estar sujetos a la normativa propia de la patria potestad y, más en concreto, a lo dispuesto en los artículos 167 y 168 del Código Civil respecto a la administración de los padres, necesitan en el marco de su actuación autorización judicial de conformidad con lo previsto en los artículos 271 y 272 del Código Civil, lo que supone un mayor control judicial con respecto al ejercicio de la patria potestad, al ser más amplio el contenido de los citados artículos que el previsto en el artículo 166 del mismo cuerpo legal<sup>79</sup>.

3º. Si el tutor constituye el patrimonio, puede reservarse el cargo de administrador y gestionar, así, dos patrimonios, en ambos casos como representante legal y necesitando de la autorización judicial en los supuestos recogidos en los citados artículos 271 y 272. Si el tutor decide nombrar a una tercera persona para que desempeñe el cargo de administrador del patrimonio protegido, a aquél le corresponderá sólo la administración del patrimonio personal del discapacitado incapaz, y al administrador designado la del patrimonio protegido,

<sup>79</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 149; Rivera Álvarez J.M., «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», *op. cit.*, p. 98.

además de corresponderle la misma obligatoriedad de recabar la autorización judicial en los supuestos descritos.

4º. Si el curador constituye el patrimonio, puede ser nombrado administrador del mismo, pasando a necesitar de autorización judicial en los supuestos tantas veces mencionados; lo que supone una novedad en la regulación de la institución de la curatela, hasta ahora centrada en el complemento o asistencia del curatelado en aquellos actos establecidos en la sentencia de incapacitación.

Si designa a un tercero como administrador, curador y discapacitado quedan al margen de la administración del patrimonio protegido, debiendo contar aquel tercero en el desarrollo de su administración con la exigencia de autorización judicial en los supuestos descritos en los artículos 271 y 272 del Código Civil, y reiterados frecuentemente por exigencias de la investigación a lo largo de estas líneas.

5º. Cuando no se haya designado administrador por los constituyentes (beneficiario, padres tutores, curadores, guardadores de hecho o tercero con interés legítimo); ni el nombramiento del mismo pueda tener lugar conforme a las reglas establecidas en el documento público, o en la resolución judicial de constitución, corresponde al juez competente tal nombramiento a solicitud del Ministerio Fiscal, y siempre en consideración al interés del discapacitado (artículo 5.7 de la LPPD)<sup>80</sup>.

En lo referente a las normas de administración del patrimonio protegido, que acompañan al nombramiento, se prevé sobre lo expuesto, que si el propio beneficiario es el constituyente del patrimonio, la administración se sujeta a las reglas establecidas por él; en otro caso, el patrimonio y su administración se han de someter a las reglas de la tutela, y el administrador tendrá las mismas facultades que el tutor, siendo indispensable, según los casos la correspondiente autorización judicial<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Añade a estos supuestos López-Galiacho que no hubiera ocupado el cargo el administrador designado, o que hubiera renunciado al mismo, o en fin, que hubiese sido removido de él. Vid., López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 52.

<sup>81</sup> Lucini Nicás J.A., «La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad», *op. cit.*, pp. 1627-1628, señala la problemática que plantea esta remisión a las normas de la administración de la tutela que fija la Ley, desde una doble perspectiva: «en primer lugar, exigirá un control jurisdiccional en determinados casos que actualmente se produce con eficacia en la tutela en el momento de autorización; (...) si bien el posterior control o supervisión, que prevé el artí-

Por otra parte, no establece la Ley 41/2003 para el administrador, persona física, ninguna capacidad especial para el desempeño del cargo, pero teniendo presente la remisión que la misma hace a las reglas de la tutela, en todo caso, será necesario que tengan la misma capacidad que se exige para ser tutor, y así se requerirá plena capacidad de obrar y que no estén incurso en algunas de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 243 y 244 del Código Civil, o que no hayan sido excluidos, por el padre o la madre, en testamento o en documento notarial, tal como establece el artículo 245 del mismo cuerpo legal, tal como hemos señalado en líneas precedentes.

Sea persona física o jurídica quien administre el patrimonio protegido, deberá tener en cuenta en su actuación el mandato legal contenido en el artículo 5.4 relativo a que «todas los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido». De forma que, un destino distinto al fin requerido determinaría la impugnación del acto o negocio jurídico contrario al mismo. El Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, podrá revocar dicho acto (artículo 7.1)<sup>82</sup>.

De tratarse, por su parte, de un acto o negocio llevado a cabo sin autorización judicial, cuando la misma sea preceptiva, determinará la nulidad de pleno derecho del acto (artículo 6.3 del Código Civil)<sup>83</sup>.

Nada se dice en la Ley sobre si el administrador designado, sea persona física o jurídica, tiene derecho a percibir o no retribución alguna por la administración del patrimonio, pero tampoco lo excluye. Ante el silencio, y en una remisión a las reglas de la tutela que sobre todo resultarían aplicables a los tutores, curadores que tengan encomendada la administración de su tutelado-curatelado discapacitado, y por extensión, al guardador de hecho que sea administrador, podría convenirse una remuneración por el desempeño del cargo, máxime si la gestión del patrimonio requiere ayuda técnica adicional.

artículo 7 de la Ley para los patrimonios protegidos, queda pendiente de la mayor o menor adscripción de medios en las Fiscalías. En segundo lugar, los artículos 271 y 272 del Código Civil plantean problemas de interpretación sobre el alcance de las facultades del tutor, que se trasladan ahora al patrimonio protegido».

<sup>82</sup> López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 53.

<sup>83</sup> López-Galiacho Perona J., «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado», *op. cit.*, p. 49, quien añade, además, que, «debe ser aplicado a la gestión del administrador de un patrimonio protegido constituido por persona distinta al beneficiario, la rescisión de aquellos contratos que pueden celebrarse sin necesidad de autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos», como recoge el artículo 1291 del Código Civil».

Si no se hubiera fijado la cuantía de la misma en el documento de constitución del patrimonio, y siempre que la capacidad económica del mismo lo permita, corresponde al Juez, como dispone el artículo 274 del Código Civil «fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes».

Pero no sólo la retribución del administrador se puede fijar por analogía con las reglas de la tutela, sino que también se puede extender a otros supuestos sobre los que la LPPD no se pronuncia, pues en cierta forma el administrador del patrimonio protegido desempeña «parte» de las funciones que corresponden al tutor al convertirse, tal como dispone la Ley expresamente, en «representante legal» del discapacitado: así, por ejemplo, la actuación del administrador deberá ejercerse en beneficio del discapacitado (artículo 216 del Código Civil); ante los daños y perjuicios que pueda sufrir el administrador, tendrá derecho a una indemnización a cargo de los bienes del tutelado, «de no poder obtener por otro medio su resarcimiento» (artículo 220 del Código Civil); o, en el caso de cese de sus funciones o renuncia al cargo de administrador, deberá proceder a la rendición de cuentas final de su administración, tal como dispone el artículo 279 del Código Civil<sup>84</sup>; sin que ello suponga obviar el hecho así constatado legalmente en el artículo 7.2 de la LPPD que «cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste, y, en todo caso, anualmente, mediante remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente».

En otro orden de cosas, es posible tanto la constitución del patrimonio y la fijación del contenido de su administración como el nombramiento del administrador que lo gestione en la escritura de autotutela, donde además se contienen otras medidas, como la autodesignación de tutor, todas ellas establecidas en previsión de una posible y futura pérdida de capacidad; y destinadas a surtir efecto, cuando la misma tenga lugar.

Pero si en el documento constitutivo del patrimonio, además de la constitución del mismo y las reglas de su administración, se concre-

<sup>84</sup> El artículo 279 del Código Civil señala que: «El tutor, al cesar en sus funciones, deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario, si concurre justa causa.

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo».

tasen otras en relación a la gestión del patrimonio, ante precisamente, una posible y previsible futura pérdida de capacidad, en este caso, como señala acertadamente la profesora Pereña Vicente «el problema surge cuando la previsión sea que la persona encargada de la administración continuará ésta sin necesidad de autorización judicial a pesar de la incapacitación del constituyente». Al efecto, continúa la citada profesora «puede interpretarse que este supuesto es asimilable a un mandato que se otorga en previsión de la futura incapacitación y que, por tanto, será aplicable el artículo 1732, reformado también por esta Ley, que prevé la no extinción del mismo por la incapacitación del mandante, aunque sí podrá extinguirse por resolución judicial»<sup>45</sup>. Original y compartido razonamiento que reporta una utilidad manifiesta al apoderamiento preventivo.

Finalmente, hemos puesto de manifiesto al inicio de este apartado que nos movemos en un sentido amplio cuando hablamos de administración del patrimonio protegido, incluyendo en el mismo los actos de disposición. Al respecto dispone la Ley que en los supuestos de enajenación de bienes o derechos que integran el patrimonio protegido «en ningún caso será necesaria la subasta pública, no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881» (artículo 5.2 último inciso). Asimismo, la Ley establece la obligatoriedad de autorización judicial respecto de aquellos administradores que no son, ni el propio beneficiario capaz, ni el tercero administrador nombrado por él (*ad exemplum*, artículo 271.2 del Código Civil; y, finalmente, hace referencia a una limitación, a efectos fiscales, al imponer la no posibilidad de disposición de cualquier bien o derecho aportado al patrimonio protegido, y en consecuencia, obligar a la permanencia en el mismo de tal bien o derecho, durante al menos cuatro años (artículo 15.5 de la ley). De las consecuencias fiscales derivadas de la disposición anticipada nos ocuparemos en el epígrafe dedicado a los aspectos fiscales del patrimonio, y a tal apartado nos remitimos.

## 6. SUPERVISIÓN Y CONTROL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Exigencia fundamental en el contenido de la Ley representa la supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, al que se refiere expresamente el artículo 7 de esta Ley.

<sup>45</sup> Pereña Vicente M., *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, *op. cit.*, p. 1770.

En primer lugar, destaca la presente Ley, con relación a la supervisión y fiscalización de la administración, en su artículo 3.3 b), la posibilidad de que el constituyente de un patrimonio protegido pueda en el documento público o resolución judicial establecer un órgano de fiscalización de la actuación del administrador (aunque éste sea el propio beneficiario) y las reglas de supervisión o fiscalización que considere oportunas con relación a aquél. Incluyendo, en su caso, los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar esos órganos de supervisión o fiscalización.

En segundo lugar, el citado artículo 7 se refiere a la supervisión institucional del patrimonio protegido que corresponde al Ministerio Fiscal. Éste actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, además de que será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido. Al respecto, se prevén dos tipos de actuaciones:

- a) Una *supervisión permanente y general* de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle, cuando precisamente este cargo de administrador no recaiga en la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio, o sus padres. Se trata de la obligación de rendición de cuentas que, como indicamos en líneas precedentes, corresponde a todo administrador con relación a su gestión. Una rendición de cuentas que, en todo caso, será anual, sin perjuicio de que el Ministerio Fiscal pueda determinar en cualquier momento dicha supervisión, cuando lo estime conveniente. Exigirá la remisión de una relación de su gestión, y un inventario de los bienes y derechos que formen el patrimonio protegido, todo ello justificado documentalmente. No obstante, el Ministerio Fiscal puede requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones considere oportunas, en cualquier momento.

Por otra parte, cuando el administrador es el beneficiario o sus padres, en el marco de esta supervisión, podrá recabar determinada información acerca de su gestión para tener un conocimiento completo de la situación del patrimonio protegido.

- b) Una *supervisión esporádica y concreta*, cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad, desde la sustitución del administrador; el cambio de reglas de la administración; el establecimiento de medidas especiales de fiscalización; la adopción de cautelas, hasta la extinción del patrimonio protegido. A estos efectos,

el Ministerio Fiscal puede actuar de oficio, como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él.

En tercer lugar, la Ley crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las demás que reglamentariamente puedan atribuírsele (artículo 7.3).

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se contiene en el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero<sup>86</sup>, modificado, a su vez, por el Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre<sup>87</sup>, que actualiza su composición a tenor de la reestructuración de los departamentos ministeriales, de una parte, y adscribe esta Comisión al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad (artículo 2.1 del Real Decreto).

En la misma participan representantes de la Administración General del Estado y de la «Asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad; no así el Ministerio Fiscal, ni el Consejo General del Notariado, lo que resulta extraño dado el papel esencial que estos Cuerpos desarrollan en la protección de las personas con discapacidad.

En cuanto a su *composición*, la Comisión estará integrada: por el *Presidente* que será el titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad; *dos Vicepresidentes* que serán el titular de la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad y la persona designada por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, que sustituirán, por su orden, al presidente en caso de ausencia o enfermedad de éste, así como en el supuesto de vacante en la titularidad de tal órgano; *seis Vocales*, en representación de la Administración General del Estado, designados por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, a propuesta de cada departamento competente, conforme a la siguiente distribución: 1. Por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, dos representantes, con rango, al menos, de subdirector general, de las siguientes Direcciones Generales: de las Familias y la Infancia y de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre

<sup>86</sup> BOE, núm. 32, 6 de febrero de 2004, pp. 5059-5060.

<sup>87</sup> BOE, núm. 303, 17 de diciembre de 2004, pp. 41260-41261.

la Discapacidad; 2. Un vocal, con rango, al menos, de subdirector general, en representación de los Ministerios de Justicia y de la Presidencia y de las Secretarías de Estado de Hacienda y Presupuestos y de Economía; y, un *Secretario*, con voz pero sin voto, el titular de la Subdirección General de Planificación, Ordenación y Evaluación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

En cuanto a sus *funciones*, además de la genérica descrita en el citado artículo 7.3 de la LPPD, el artículo 2 del Real Decreto 177/2004 los enumera con sumo detalle, donde recoge entre otras: el apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal y su colaboración con el mismo; la elaboración de una memoria anual sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad, que será elevada, para su conocimiento, al Consejo Nacional de la Discapacidad; proponer al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos prácticos sobre la legislación patrimonial de las personas con discapacidad que contribuyan a guiar y a orientar a sus eventuales beneficiarios; así como ser consultada sobre cualquier iniciativa normativa que tenga incidencia en el ámbito de la protección patrimonial de las personas con discapacidad; y, finalmente, la realización de estudios e investigaciones que redunden en la mejora de los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de dichas personas.

Por último, señalar que la Comisión funcionará en Pleno y en Comisión Permanente, sin perjuicio de los grupos de trabajo que pueden crearse para el mejor desempeño de sus fines (artículo 4). Y dispondrá, en el sitio oficial de Internet del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de una sección dedicada a informar al público sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad (artículo 6).

## 7. PUBLICIDAD REGISTRAL

En el artículo 8 se adoptan, en relación con la constitución del patrimonio protegido del discapacitado, dos medidas de publicidad registral importantes:

- a) Cuando la administración del patrimonio protegido no corresponde ni al propio beneficiario ni a sus padres, tutores o curadores, la representación legal que el administrador ostenta sobre el beneficiario del patrimonio para todos los actos relativos a éste debe de hacerse constar en el Registro Civil<sup>88</sup>.

<sup>88</sup> Señalan Díaz Alabart y Álvarez Moreno que hubiera resultado conveniente hacer constar también la condición de administrador del patrimonio, si lo fuera el discapacitado,

- b) Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente. Esta misma mención como integrante de un patrimonio protegido se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables.

Ahora bien, con respecto a otro tipo de bienes no registrales, también debe tenerse constancia de su pertenencia a un patrimonio protegido. Así, en el caso de participaciones en fondos de inversión, o instituciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, el notario autorizante o el juez competente notificará a la gestora de los mismos o a la sociedad la nueva cualidad de bien integrante de un patrimonio protegido.

En cualquier caso, cuando el bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido, se podrá exigir por quien resulte ser su nuevo titular o tenga un interés legítimo, la cancelación de las menciones referidas a pertenencia a patrimonio protegido de tales bienes o derechos.

La constancia de la representación legal del administrador del patrimonio protegido en el Registro Civil determina claramente cuál es el ámbito de actuación del administrador, y los límites de la misma con respecto a los de guardador legal del discapacitado, si lo tiene, o del mismo discapacitado. Y, asimismo, la constancia registral de los bienes o derechos que conforman el patrimonio protegido en el Registro de la Propiedad, así como de las cancelaciones relativas a los mismos, cuando dejen de formar parte de aquél, son oponibles frente a terceros, y cumplen una función informativa, con eficacia *erga omnes*<sup>89</sup>.

## 8. EXTINCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. EFECTOS SOBRE EL PATRIMONIO

El artículo 6 de la Ley establece como causas de extinción del patrimonio:

ya que los bienes que formen parte de aquél también deberán constar como pertenecientes al patrimonio protegido, separado del personal, del que también es titular el discapacitado. Vid., Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup> T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 159.

<sup>89</sup> Vid., Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M.<sup>a</sup> T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 160.

1. La muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario.

No se incluye el supuesto de declaración de ausencia legal del discapacitado.

2. Por dejar de tener el beneficiario la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley.

Es necesario que se dicte resolución administrativa expresa en la que se determine la revisión del grado de minusvalía previamente reconocido. Lo habitual es que se fije en la resolución que declara la discapacidad fecha para que tenga lugar aquélla; de no haberse hecho indicación alguna, no podrá efectuarse ninguna revisión hasta que haya transcurrido al menos un plazo de dos años, a contar desde la fecha en que se dictó la resolución.

A estas dos causas de extinción, el artículo 7.1 de la Ley, —ya citado cuando analizamos la supervisión del patrimonio protegido—, añade una más, como es que el Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, acuerde, en beneficio de la persona con discapacidad, la extinción del patrimonio protegido.

Asimismo, —y pese a que no se menciona en ningún precepto de la Ley, ni tampoco en su Exposición de Motivos—, se ha referido algún autor como también posibles causas de extinción del patrimonio, tanto la declaración de concurso, bien del incapacitado beneficiario por obligaciones generadas por su actividad general, bien por consecuencias de deudas generales por la gestión del patrimonio protegido<sup>90</sup>; como la pérdida de su objeto, esto es, la desaparición de

<sup>89</sup> Duque Domínguez J.F., «Consideraciones sobre el concurso del patrimonio especial para la protección de las personas con discapacidad», *Revista de Derecho Concursal y Parconcursal*, 2004-I, p. 44.

Durante la tramitación parlamentaria en el Congreso, el Grupo Parlamentario Socialista presentó la enmienda, núm. 21, de la modificación, en la que a las causas de extinción recogidas en el Proyecto se añade una consistente en que «1. (...) 2.2 de esta Ley o por concurrir situaciones de insolvencia que hayan dado lugar a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación. En este último supuesto, no será de aplicación lo previsto en el artículo 4.3 respecto del destino que debe darse a los bienes aportados en caso de extinción». La *motivación* de la enmienda: «Prever una nueva causa de extinción que no estaba prevista en el Proyecto; ya que dicho patrimonio puede caer en situación de insolvencia». *BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 154-5, de 10 de septiembre de 2003*, p. 27.

Igualmente, durante la discusión parlamentaria en el Senado, se presentó por el Grupo Parlamentario Socialista la enmienda núm. 11, de modificación con una redacción idéntica a la presentada en el Congreso: «1. (...) 2.2 de esta Ley o por concurrir situaciones de insolvencia que haya dado lugar a un procedimiento concursal y a apertura de la fase de liquidación. En este último supuesto, no será de aplicación lo previsto en el artículo 4.3, respecto del destino que debe darse a los bienes aportados en caso de extinción». *Justificación* también la misma: «Prever una causa de extinción que no estaba prevista en el proyecto, ya que dicho patrimonio puede caer en situación de insolvencia». *BOCG, Senado, VII Legislatura, Serie II, núm. 152 (d), de 13 de octubre de 2003*, p. 27.

todos los bienes y derechos que lo conforman, por disposición de los mismos para cubrir las necesidades vitales del discapacitado<sup>91</sup>.

Una vez extinguido el patrimonio, y salvo pérdida de todos los bienes que lo integran, la Ley determina qué destino debe darse a los bienes y derechos que lo conforman.

Si el patrimonio protegido se extingue por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, y no se ha dispuesto otra cosa al hacer la aportación, pasará la totalidad del mismo a formar parte de la herencia del discapacitado.

Si la causa de extinción del patrimonio es la pérdida sobrevenida de su condición de discapacitado en los términos que fija el artículo 2.2 de la ley, la totalidad de los bienes y derechos que integraban el patrimonio protegido seguirán siendo propiedad del antiguo titular—beneficiario, si bien ahora pasarán a formar parte de su patrimonio personal, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial que, en su caso, fueran aplicables.

Si la causa de extinción se decreta judicialmente, a instancias del Ministerio Fiscal, al Juez corresponde concretar en la resolución que dicte el destino que debe darse a los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido.

Ahora bien, conviene recordar la relevancia que el legislador ha atribuido a la autonomía de voluntad del aportante de un bien o derecho a un patrimonio protegido, pues, podrá establecer el destino que debe darse a los bienes o derechos aportados, o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido aquél, y «*siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables*» (artículo 4.3 de la Ley). A cualquier aportante, incluidos los padres, tutores o curadores, se refiere la norma, siempre que la aportación al patrimonio se haya llevado a cabo con sus propios bienes y derechos.

## 9. EL PAPEL RELEVANTE DEL MINISTERIO FISCAL. SU INTERVENCIÓN SEGÚN LA LEY 41/2003

El papel relevante que la Ley ha atribuido a la intervención del Ministerio Fiscal en la constitución, funcionamiento, y extinción del

<sup>91</sup> Díaz Alabart S., y Álvarez Moreno M<sup>a</sup> T., «El patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *op. cit.*, p. 164.

patrimonio protegido, queda constatado, cuando señala en su artículo 7.1 apartado 2, que «*el Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido*».

Y, asimismo, en las numerosas actuaciones que se le atribuyen, entre las que conviene destacar, a título meramente enumerativo, pues han sido oportunamente señaladas y analizadas a lo largo de nuestro estudio, las siguientes: 1<sup>o</sup>. Instar al Juez, para que decida, ante la negativa injustificada de los padres o tutores, sobre la solicitud de constitución de un patrimonio y de la aportación de bienes o derechos al mismo, por parte de un tercero con interés legítimo (artículo 3.2 segundo párrafo); 2<sup>o</sup>. Igualmente, instar al Juez, ante la negativa de los padres, tutores, o curadores, a las aportaciones ofrecidas por terceros al patrimonio protegido ya constituido (artículo 4.2 segundo párrafo); 3<sup>o</sup>. Solicitar al Juez competente, a instancia de los constituyentes o del administrador, la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, «*en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza*» (artículo 5.3); 4<sup>o</sup>. Solicitar también al Juez competente que provea lo que corresponda en relación con el nombramiento de administrador, cuando no se haya podido designar el mismo, conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución (artículo 5.6); y, 5<sup>o</sup>. La supervisión de la administración del patrimonio protegido; instando al Juez, cuando proceda, y en beneficio de la persona con discapacidad, para que adopte determinadas medidas que preserven el buen funcionamiento del patrimonio protegido, como la sustitución del administrador; el cambio de las reglas de administración, entre otras (artículo 7).

Todo lo expuesto, se entiende, sin perjuicio de la labor del Juez, pues es a quien en última instancia, en todos los supuestos reseñados, le corresponde adoptar la decisión que estime más apropiada, en beneficio siempre del discapacitado. Si bien, conviene señalar que dicha intervención se hará siempre a requerimiento del Ministerio Fiscal, sin que la Ley le atribuya ninguna actuación directa, ni de oficio.

E, igualmente, del hecho, no establecido expresamente en la Ley, de que los padres, tutores, o curadores que constituyan un patrimonio protegido, pongan este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que tanto éste como la autoridad judicial, puedan ejercer una labor de control y supervisión de los patrimonios existentes.



## 10. ASPECTOS FISCALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO. MODIFICACIONES DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA

El capítulo III de la Ley, en concreto, los artículos 15, 16 y 17 se dedican a las modificaciones de la normativa tributaria, mediante las que se adoptan una serie de medidas para favorecer las aportaciones a título gratuito a los patrimonios protegidos, reforzando de esta manera los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad ha introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del impuesto sobre la Renta de las Personas físicas y por la que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes<sup>92</sup>.

De este modo, la Ley procede a modificar la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades y el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido del ITPAJD, al objeto de regular el régimen tributario aplicable al discapacitado titular del patrimonio protegido por las aportaciones que se integren en éste y a los aportantes a dicho patrimonio por las aportaciones que se realicen.

Con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2004, se introducen las siguientes modificaciones en el IRPF y otras normas tributarias. Así se añade un apartado 4 al artículo 16 de la Ley IRPF donde se indica que, *en cuanto al régimen tributario aplicable al discapacitado titular del patrimonio protegido*, la Ley establece que las aportaciones al patrimonio del discapacitado, aunque se hubieran realizado a título gratuito, tendrán la consideración de rendimiento de trabajo hasta el importe de 8.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto, cuando el aportante sea un contribuyente del Impuesto sobre la Renta. Lo que exceda de dichas cuantías, al recibirse las aportaciones a título gratuito, tendrá la consideración de donación y quedará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Asimismo, cuando el

<sup>92</sup> Vid., tratamientos generales sobre la materia, en Rodríguez Míguez J.A., y Rodríguez Míguez M.J., «Aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados», *La Ley*, 2004-3, pp. 1990 a 1997; Reglero Cuadrado G., «Aspectos tributarios de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria», *Impuestos*, Octubre 2004, año XX, n.º 20, pp. 15 a 36; Rodríguez Márquez J., y Ruiz Hidalgo C., *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, entre otros.

aportante sea sujeto pasivo del impuesto sobre Sociedades, tendrán las aportaciones la consideración también de rendimiento de trabajo siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto de Sociedades con el límite de 8.000 euros anuales. En caso contrario, los excesos sobre la citada cuantía implican la existencia de una donación y, por tanto, la sujeción al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Estos rendimientos del trabajo en que se conceptúan las aportaciones recibidas, se integrarán en la base imponible del contribuyente discapacitado titular del patrimonio protegido por el importe en que la suma de tales rendimientos y las prestaciones recibidas en forma de renta a que se refiere el artículo 17.3 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, exceda del doble del salario mínimo interprofesional. No obstante, debe tenerse en cuenta que el mismo límite opera también sobre las prestaciones en forma de renta recibidas de planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados constituidos a favor de personas con minusvalía. De forma que, el contribuyente discapacitado deberá sumar ambas partidas (aportaciones recibidas en el patrimonio especialmente protegido y prestaciones recibidas de los planes y mutualidades señalados) y tributar sobre lo que exceda del doble del salario mínimo interprofesional.

Lógicamente, cuando las aportaciones se realicen por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento de trabajo para el titular del patrimonio protegido. En cualquier caso estos rendimientos de trabajo no quedan sujetos a retención o ingreso a cuenta.

Tratándose de *aportaciones no dinerarias*, el discapacitado titular del patrimonio protegido quedará subrogado en la posición del aportante respecto de las fechas y el valor de la adquisición del bien o derecho aportado, exceptuándose la posibilidad de aplicar la disposición transitoria novena de la Ley 40/1998 cuando el bien o derecho se transmita con posterioridad a la aportación al patrimonio protegido.

El régimen tributario aplicable al titular del patrimonio protegido se completa con una norma de no sujeción al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por parte de las aportaciones que tengan para el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo.

En lo que se refiere *al régimen aplicable al aportante al patrimonio protegido de la persona discapacitada*, se distinguen dos supuestos, según que el aportante sea contribuyente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades. De este modo, en el primero, se prevé que las apor-

taciones realizadas por los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado, el cónyuge y los tutores o acogedores, dan derecho a practicar una reducción de la base imponible del aportante que podrá alcanzar, para estas aportaciones, un importe máximo de 8.000 euros anuales.

Las reducciones que se practiquen en la base imponible de los aportantes tendrán, asimismo, un límite conjunto de manera que el total de las reducciones practicadas por todas las personas que efectúen aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido no podrán exceder de 24.250 euros anuales. A estos efectos, se introduce una cláusula de disminución proporcional de la reducción aplicable en caso de que la concurrencia de varios aportantes supere el límite conjunto establecido. Se establece, así, que las aportaciones que excedan de los límites anteriores pueden dar derecho a reducir la base imponible del aportante en los cuatro períodos impositivos siguientes, regla ésta que resulta de aplicación tanto a las aportaciones dinerarias como a las no dinerarias.

En el segundo supuesto mencionado, esto es, cuando las aportaciones han sido realizadas por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a los patrimonios protegidos de sus trabajadores o de los parientes o cónyuges de los trabajadores, o de las personas acogidas por los trabajadores en régimen de tutela o acogimiento, se prevé que tales aportaciones dan derechos a la deducción del 10% de la cuota íntegra prevista en el artículo 43 del Texto Refundido de la ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), aplicable a los períodos impositivos iniciados a partir de enero del 2004. Constituye la base de esta deducción las aportaciones realizadas a favor de patrimonios protegidos de los trabajadores cuyas retribuciones brutas anuales fuesen inferiores a 27.000 euros, o de sus parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, de sus cónyuges, o de las personas a cargo de dichos trabajadores en régimen de tutela o acogimiento. En el caso de que el trabajador disfrutase de una retribución igual o superior a 27.000 euros, la deducción se aplicará sobre la parte proporcional de las aportaciones que se correspondan con el límite señalado. Pues bien, las aportaciones que generen derecho a deducción no podrán exceder del límite de 8.000 euros anuales por cada trabajador o persona discapacitada, estando previsto que si excede de ese límite, la deducción que corresponda podrá aplicarse en los cuatro períodos impositivos siguientes, hasta agotar, en su caso, en cada uno de ellos el importe máximo que genera el derecho a deducción.

Cuando concurren en un mismo período impositivo deducciones en la cuota por aportaciones efectuadas en el ejercicio, con deduccio-

nes pendientes de practicar de ejercicios anteriores se practicarán, en primer lugar, las deducciones procedentes de las aportaciones de los ejercicios anteriores, hasta agotar el importe máximo que genera el derecho a deducción.

En cuanto a la valoración de las *aportaciones no dinerarias* al patrimonio protegido, la norma remite a las reglas previstas en el artículo 18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, que se ocupa de regular la base de las deducciones por donativos, donaciones y aportaciones realizadas a las entidades beneficiarias del mecenazgo. Dicho precepto establece cuál debe ser el valor de los bienes o derechos en función de su tipología, fijando como límite, en cualquier caso, el valor normal de mercado en el momento de su transmisión.

En los casos, precisamente de las aportaciones no dinerarias y, en concordancia con la finalidad perseguida en la constitución de patrimonios protegidos, la Ley declara exentas del impuesto sobre la Renta y del impuesto de Sociedades, respectivamente, las ganancias patrimoniales y las rentas positivas generadas con ocasión de la realización de dichas aportaciones.

Por otro lado, la ley se ocupa de *las consecuencias fiscales derivadas de la realización de actos de disposición de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido* cuando tales actos de disposición se realicen en el plazo comprendido entre el período impositivo de la aportación y los cuatro años siguientes, distinguiendo en función de la naturaleza jurídica de la aportación. De modo que, si quien realizó la aportación al patrimonio protegido del discapacitado es un contribuyente del Impuesto sobre la Renta, dicho contribuyente vendrá obligado a integrar en la base imponible del período impositivo en que se produzca la disposición, las cantidades reducidas en la base imponible correspondiente a las disposiciones realizadas más los intereses de demora que procedan. Si las aportaciones al patrimonio protegido son realizadas por un sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades, éste habrá de ingresar en el período impositivo en que se produzca la disposición, la cantidad deducida en la cuota en el período impositivo en que se realizó la aportación.

En ambos supuestos, el titular del patrimonio habrá de integrar en su base imponible correspondiente al período impositivo en que se produzca la disposición, la cantidad que hubiera dejado de integrar en el período impositivo en que recibió la aportación más los intereses de demora que procedan. Esta obligación se traslada al trabajador cuando la aportación la hubiera realizado un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades al patrimonio protegido de un pariente de aquél.

Finalmente, se establece, con el objeto de asegurar un adecuado control de los patrimonios protegidos de las personas discapacitadas, la obligación para el contribuyente titular de un patrimonio protegido de presentar una declaración en la que indique la composición del patrimonio, las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante el período impositivo, remitiéndose en este punto al correspondiente desarrollo reglamentario.

Este conjunto de modificaciones en materia tributaria se completa con un nuevo supuesto de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que será aplicable a las aportaciones a los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, mediante la inclusión de un nuevo apartado, el 20, en el artículo 45.1, letra B) de la Ley del Impuesto<sup>91</sup>.

E, igualmente, la Disposición Adicional 2ª de la LPPD establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas declaren exentos del Impuesto sobre el Patrimonio los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido de los discapacitados<sup>92</sup>.

## 11. OTRAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL PREVISTAS EN LA LEY 41/2003

Hemos indicado al inicio de nuestra exposición, de forma enunciativa y sin profundizar en su desarrollo, que en esta Ley se contienen también una serie de modificaciones en materia de derecho de familia y de derecho sucesorio, respecto de las que no vamos a llevar a cabo, tampoco en este apartado, un estudio exhaustivo de las mismas, por exceder de la materia objeto de nuestro estudio, aunque somos conscientes de la importancia de un análisis detallado de las mismas, y en consecuencia, de lo conveniente de un tratamiento par-

<sup>91</sup> Este impuesto está regulado básicamente por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

<sup>92</sup> Viene regulado en sus aspectos básicos por la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (BOE de 7 de junio y corrección de errores de 2 de octubre) y Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por el que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Hasta el momento solo la Comunidad Autónoma de Cataluña ha trasladado a sus ordenamientos tributarios las preocupaciones por proteger el patrimonio de estas personas en la Ley 7/2004, de 16 de julio de Medidas Fiscales y Administrativas estableciendo una bonificación del 99% a favor de la persona contribuyente en la parte de la cuota que proporcionalmente corresponda a los bienes o derechos computados para la determinación de la base imponible (artículo 2).

ticularizado de cada una de ellas<sup>93</sup>. Solamente, con relación a las mismas, indicaremos que, como hemos constatado insistentemente, los discapacitados son los únicos posibles beneficiarios del patrimonio protegido, pero en materia de autotutela, como no podría ser de otra forma, se refiere a los incapacitados judiciales, porque sólo así se puede nombrar tutor para uno mismo que es a lo que responde esta institución. Tratándose de la reforma del artículo 1732 del Código Civil, de lo que se conoce como el apoderamiento o mandato preventivo, al disponer que no se extingue por la incapacitación del mandante, si en el mismo se hubiera dispuesto su continuación, o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste; no queda claro si se refiere al incapacitado judicial solamente, o al discapacitado incapaz de hecho, o a la vez incapacitado judicialmente. Parece incluirse en el contenido del precepto todos los supuestos descritos, siendo libre el que confiere el apoderamiento, cuando es capaz, de limitarlo a alguno de ellos.

Tratándose de reformas en el ámbito de la sucesión *mortis causa*, la discapacidad aparece como determinante en casi todas las instituciones a las que alcanza la reforma por Ley 41/2003, bastando en tales casos que concurra en el sujeto alguna de la minusvalías del artículo 2 de la Ley, sin que sea necesario que vaya acompañada de una incapacitación judicial: así para el caso de donación o legado de derecho de habitación que se atribuye por ministerio de la Ley; o a los gastos con dispensa de colación; o en la configuración de la nueva causa de indignidad generadora de incapacitación para suceder *ab intestato*, al no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida; sin embargo, la incapacitación judicial, y no la discapacidad, se exige ante la posibilidad que ofrece la actual reforma, de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta de los hijos y descendiente, cuando ello beneficie a los hijos o descendientes incapacitados judicialmente.

Se observa, como ya hemos resaltado en líneas precedentes, que el concepto nuevo que incorpora la LPPD, como es el de persona con

<sup>93</sup> Vid., un tratamiento general de la materia en Rivera Álvarez J.M., «Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad», *op. cit.*, pp. 91 a 119; Ruiz-Rico Ruiz Morón J., La reforma del derecho de sucesiones..., *op. cit.*, pp. 358-368; Pérez Jiménez M.T., Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre..., *op. cit.*, pp. 2551 a 2558; Gómez Laplaza M.C., «El contrato de alimentos», *Libro-Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, T.I*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2059 a 2082; Espejo Lerdo de Tejada M., «El gravamen de la legítima en el Código Civil. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad», *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2005, pp. 113 a 159, entre otros.

discapacidad o discapacitado, va a coexistir con el concepto estrictamente jurídico de discapacitado, lo que va a determinar la posibilidad de que, en ocasiones, importe o no que la deficiencia y consiguiente limitación de la capacidad para llevar a cabo actividades, constituya o no causa de incapacitación conforme al artículo 200 del Código Civil.

Finalmente, señalar que se incorpora una disposición adicional cuarta en el Código Civil en consonancia con la línea expuesta, con la siguiente redacción: «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad».

## 12. CONCLUSIÓN

Se debe valorar positivamente la medida legislativa que posibilita la constitución de un patrimonio protegido adoptada por la Ley 41/2003, pues, con ello se ofrece una alternativa privada de financiación que permita cubrir las necesidades vitales de una persona con discapacidad, y descarga en parte el enorme peso económico que para las familias supone el sostenimiento de aquél.

Resulta criticable, no obstante, que el legislador haya optado por considerar como beneficiario de este patrimonio, exclusivamente, a las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía y ello con independencia de que concurren en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil. Lo que en la práctica supondrá dejar fuera de la posibilidad de creación de un patrimonio protegido, a aquellos discapacitados que no alcance el grado establecido, como a los incapacitados judicialmente, que no lleguen al porcentaje de discapacidad fijado por la Administración pública competente. El legislador debería haber optado por ofrecer un concepto de discapacidad más amplio, como el proporcionado recientemente por el legislador francés, donde se trazarán, asimismo, claramente los límites y zonas comunes con la incapacidad judicial.

Igualmente, pese al juicio positivo que merece la construcción jurídica de este patrimonio, carente de personalidad jurídica propia, que se afila del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, y sometido a un régimen de administración y supervisión específico, hay que destacar que está pensado más para familias con gran capacidad económica, donde la procedencia de los bienes sujetos a protección no sea exclusivamente de origen hereditario; y, donde la dis-

ponibilidad de los bienes y derechos que lo conforman para atender a las necesidades vitales de la persona con discapacidad tenga lugar a largo plazo, si se quiere mantener los beneficios fiscales que la Ley ofrece.

No obstante, pese a las lagunas y errores que presenta la regulación de esta institución novedosa en nuestro entorno, de la que nuestro legislador no ha aprovechado la oportunidad para introducir la figura del «patrimonio fiduciario» en la línea del «trust» anglosajón; y de las numerosas cuestiones planteadas, resueltas algunas, sobre la base de la regulación de la tutela, o aportando soluciones *de lege ferenda*, queden oportunamente resueltas en el esperado desarrollo reglamentario de la Ley 41/2003.

No dudamos del importante avance que supone esta legislación en la línea necesaria y obligada de proporcionar instrumentos de protección a los discapacitados, algunos de índole económica como el actualmente analizado; pero es necesario que se siga actuando en su fomento; de lo que estamos seguros tendrá lugar en un futuro próximo con la aprobación del anunciado Proyecto de Ley básica de la Protección a la Dependencia, con una propuesta de futuro como es el seguro de dependencia.

de hecho las que se refieren a la capacidad de las personas para disponer de sus bienes...

Resulta criticable, no obstante, que el legislador haya optado por considerar como beneficiarios de este patrimonio, exclusivamente, a las personas con discapacidad afectadas por una discapacidad grave de naturaleza física con independencia de que concuerden en ellas las causas de incapacidad judicial contempladas en el artículo 250 del Código Civil...

Resulta criticable, no obstante, que el legislador haya optado por considerar como beneficiarios de este patrimonio, exclusivamente, a las personas con discapacidad afectadas por una discapacidad grave de naturaleza física con independencia de que concuerden en ellas las causas de incapacidad judicial contempladas en el artículo 250 del Código Civil...

Igualmente, pese al juicio positivo que merece la concreción jurídica de este patrimonio, cuando se trata de personas con discapacidad grave de naturaleza física con independencia de que concuerden en ellas las causas de incapacidad judicial contempladas en el artículo 250 del Código Civil...

INFORME SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25.4 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS EN LA REDACCIÓN QUE RESULTA DE LA MODIFICACIÓN OPERADA POR LEY 11/2005, DE 22 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL.

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Examinados los antecedentes citados se emite el siguiente informe...

Examinados los antecedentes citados se emite el siguiente informe...

INFORME

El Texto Refundido de la Ley de Aguas de 1985 establece en su art. 25.4 que las Comunidades Autónomas emitirán informe previo sobre los planes y actos que afecten en las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias...

Dicho informe se entiende favorable si no se emite en plazo, remitiéndose a la vía reglamentaria los siguientes en que procedería la emisión del informe, así como el plazo para ello.

La Ley 11/2005 en virtud de una moción del Grupo Parlamentario socialista en el Congreso aprobó la necesidad de informar a los actos o planes de las Comunidades Autónomas que comporten nuevas demandas de recursos hídricos...

**INFORME SOBRE LA POSIBLE  
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 25.4 DEL  
TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS EN LA  
REDACCIÓN QUE RESULTA DE LA MODIFICACIÓN  
OPERADA POR LEY 11/2005, DE 22 DE JUNIO, POR LA  
QUE SE MODIFICA EL PLAN HIDROLÓGICO  
NACIONAL**

Se ha recibido en este Servicio Jurídico una solicitud de informe procedente del Ilmo. Sr. Secretario General Técnico relativa a la posible inconstitucionalidad del Art. 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en la redacción que resulta de la modificación operada por Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica el Plan Hidrológico Nacional.

Examinados los antecedentes remitidos se emite el siguiente

**INFORME**

**I**

El Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 establecía en su Art. 25. 4 que las Confederaciones Hidrográficas emitirían informe previo sobre los planes y actos que aprobasen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en cuanto tales actos y planes afectasen al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, tendiendo en cuenta la planificación hidrológica y las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.

Dicho informe se entendía favorable si no se emitía en plazo, remitiéndose a la vía reglamentaria los supuestos en que procedería la emisión del informe así como el plazo para ello.

La Ley 11/2005 en virtud de una enmienda del Grupo Parlamentario socialista en el Congreso añadió la necesidad de informe a los actos o planes de las Comunidades Autónomas que comporten nuevas demandas de recursos hídricos, pronunciándose expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas.

Asimismo, la Ley 11/2005 cambia el sentido de la falta de informe en el plazo establecido al efecto, estableciendo que se entenderá desfavorable.

El informe de la Confederación Hidrográfica, así como los informes de las Comunidades Autónomas que contempla el Art. 25 TRLAg, se enmarcan dentro de los mecanismos de cooperación que en esta materia creó la Ley 53/99.

Estos mecanismos de cooperación obedecen a que, como ha venido señalando el TC en una reiterada jurisprudencia (SSTC 227/88, 243/93, 110/98, 166/2000) no puede olvidarse la incidencia de distintos títulos competenciales en la materia de aguas. Como señala la STC 227/88 «La proyección sobre un mismo medio físico o recurso natural de títulos competenciales distintos en favor del Estado o de las Comunidades Autónomas impone la colaboración entre ambas Administraciones; colaboración que resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías», (...) La coordinación no supone «una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma; antes bien, presupone, lógicamente, la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada» (STC 27/1987, de 27 de febrero); por lo que no puede servir de instrumento para asumir competencias autonómicas, ni siquiera respecto de una parte del objeto material sobre el que recaen.

La coordinación de los planes hidrológicos de cuenca que corresponde elaborar a la Administración del Estado o a Organismos de ella dependientes con las diferentes planificaciones que les afecten ha de realizarse primordialmente a través del procedimiento de elaboración de aquéllos, como dispone el Art. 38.4 de la propia Ley de Aguas; a cuyo efecto, resulta necesaria la participación de las Comunidades Autónomas que la Ley regula. Pero, sin perjuicio de esta participación, **la Administración del Estado no puede establecer unilateralmente en los planes hidrológicos cualesquiera prescripciones vinculantes para la Planificación urbanística u otras actuaciones públicas de competencia autonómica en virtud de una genérica potestad de coordinación, sino tan sólo en la medida en que cuente con un título competencial específico para ello.**

La STC 149/91 a propósito de la Ley de Costas señaló que «Cuando (la Administración General del Estado) entienda que los planes o normas de ordenación territorial infringen tales normas, la Administración estatal podrá, sin duda, objetarlas, pero su objeción no resulta vinculante, pues no es a la Administración estatal sino a los Tribunales de Justicia a quien corresponde el control de legalidad de las Administraciones autónomas y a éstos deberá recurrir aquélla para asegurar el res-

peto de la Ley cuando no es la competente para ejecutarla. Cuando, por el contrario, el informe de la Administración estatal proponga objeciones basadas en el ejercicio de facultades propias, incluida la de otorgar títulos para la ocupación o utilización del demanio o preservar las servidumbres de tránsito o acceso, para referirnos sólo a las derivadas de la titularidad demanial, a las que, como es lógico, cabe añadir las que derivan de otras competencias sectoriales (defensa, iluminación de costas, puertos de interés general, etc.), su voluntad vinculará, sin duda, a la Administración autonómica, que habrá de modificar en concordancia los planes o normas de ordenación territorial o urbanística.»

La Administración General del Estado puede manifestar lo que tenga por conveniente en cuanto a sus competencias en materia de aguas pero no puede impedir a la Comunidad Autónoma el ejercicio de las suyas en materia de ordenación del territorio y/o urbanismo. La aprobación de los instrumentos de planeamiento es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Como establece la STC 36/94 «La aprobación de los planes, instrumentos y normas de ordenación territorial corresponde en exclusiva a quienes poseen la competencia de ordenación territorial y el Estado no está dispensado del cumplimiento de estas normas, aunque en algún extremo pueda condicionarlas. Como consecuencia de esta premisa, en la citada Sentencia —fundamento jurídico 4.— se anularon algunos preceptos de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que habilitaban al Estado para dictar disposiciones que no sólo condicionaban la competencia asumida por las Comunidades Autónomas para la ordenación de su propio territorio, sino que procedían directamente a ordenarlo.»

Como ha señalado Santiago J. González-Varas Ibáñez<sup>1</sup> «Es cierto que en el ejercicio de esta competencia las Comunidades Autónomas, al elaborar y aprobar los planes, deben respetar los condicionamientos que se deriven de las facultades estatales de protección y gestión del dominio público que integra físicamente su territorio y de otras competencias sectoriales del Estado como medio ambiente, la defensa nacional o la iluminación de costas, que también tienen incidencia territorial. La necesidad de respetar estos actos de ejercicio de competencias estatales puede justificar el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación concretos que garanticen ese respeto. Sin embargo, de esto no se sigue que la aprobación autonómica de los planes o normas de

<sup>1</sup> Santiago J. González-Varas Ibáñez «La Jurisprudencia Constitucional en materia de ordenación del territorio», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 5/2000, Págs. 13-50.

*ordenación requieran un genérico informe preceptivo y vinculante del Estado, ya que con ello se convertiría un acto de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, en un acto complejo resultado de la concurrencia de dos voluntades, la del Estado y la de la Comunidad Autónoma.»*

La STC 40/98 en su FJ 30º resume perfectamente la relación entre las competencias del Estado y la ordenación del territorio «30. Ahora bien, es precisamente esta posibilidad de concurrencia de títulos competenciales sobre el mismo espacio lo que obliga a buscar las fórmulas que en cada caso permitan su concreta articulación. Por lo que a la coexistencia de las competencias autonómicas sobre ordenación del suelo y de las competencias estatales de carácter sectorial se refiere, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que **la competencia sobre ordenación del territorio tiene, precisamente, la finalidad de que su titular pueda formular una política global para su territorio, con la que se trata de coordinar las actuaciones públicas y privadas que inciden en el mismo y que, por ello, no pueden ser obviadas por las distintas Administraciones, incluida la estatal.**

Por otro lado, este tipo de competencias de las que es titular el Estado, si bien no persiguen de forma directa la ordenación del territorio, sí implican una disposición sobre determinadas porciones del mismo que viene a condicionar la capacidad de decisión de las Comunidades Autónomas. Como este Tribunal ya señalara en la STC 149/1991, «en todos aquellos casos en los que la titularidad competencial se establece por referencia a una «política» (v. gr. protección del medio ambiente, protección del usuario, etc.), y no por sectores concretos del ordenamiento o de la actividad pública, tal competencia no puede ser entendida en términos tales que la sola incardinación del fin perseguido por la norma (o por el acto concreto) en tal política permita desconocer la competencia que a otras instancias corresponde si la misma norma o acto son contemplados desde otras perspectivas. De otra parte, y como también es obvio, la ordenación del territorio es, en nuestro sistema constitucional, un título competencial específico que tampoco puede ser ignorado, reduciéndolo a la simple capacidad de planificar, desde el punto de vista de su incidencia en el territorio, las actuaciones que por otros títulos ha de llevar a cabo el ente titular de aquella competencia, sin que de ésta se derive consecuencia alguna para la actuación de otros entes públicos sobre el mismo territorio» [STC 149/1991, fundamento jurídico 1. B)].

Al objeto de integrar ambas competencias, se debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación. Si, como este Tribunal viene reiterando, el principio de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas está implícito en el sistema de autonomías (SSTC 18/1982 y

152/1988, entre otras) y si «la consolidación y el correcto funcionamiento del Estado de las autonomías dependen en buena medida de la estricta sujeción de uno y otras a las fórmulas racionales de cooperación, consulta, participación, coordinación, concertación o acuerdo previstas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía» (STC 181/1988, fundamento jurídico 7.), este tipo de fórmulas son especialmente necesarias en estos supuestos de concurrencia de títulos competenciales en los que deben buscarse aquellas soluciones con las que se consiga optimizar el ejercicio de ambas competencias (SSTC 32/1983, 77/1984, 227/1987 y 36/1994), pudiendo elegirse, en cada caso, las técnicas que resulten más adecuadas: El mutuo intercambio de información, la emisión de informes previos en los ámbitos de la propia competencia, la creación de órganos de composición mixta, etc.

Es posible, sin embargo, que estos cauces resulten en algún caso concreto insuficientes para resolver los conflictos que puedan surgir. Para tales supuestos, este Tribunal ha señalado que «la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente» (STC 77/1984, fundamento jurídico 3.), y que «el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una Comunidad Autónoma» (STC 56/1986, fundamento jurídico 3.). Asimismo, en la STC 149/1991, antes citada, se señala que la atribución a las Comunidades Autónomas de la función ordenadora del territorio «no puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserva al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la ordenación del territorio», siendo legítimo tal condicionamiento cuando «el ejercicio de esas otras competencias se mantenga dentro de sus límites propios, sin utilizarlas para proceder, bajo su cobertura, a la ordenación del territorio en el que han de ejercerse. Habrá de atenderse, por tanto, en cada caso a cuál sea la competencia ejercida por el Estado, y sobre qué parte del territorio de la Comunidad Autónoma opera, para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de los preceptos impugnados» [fundamento jurídico 1. B); en el mismo sentido, STC 36/1994, fundamento jurídico 3.]. **Debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace —o, al menos, así lo entiende el constituyente— un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así cuando la competencia se ejerza de manera legítima: Es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para**



*escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.*

*En el caso concreto de la competencia estatal sobre puertos de interés general debe tenerse en cuenta que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio y urbanismo, y que no puede quedar al arbitrio de los entes con competencia sobre dichas materias la decisión sobre la concreta ubicación del puerto, su tamaño, los usos de los distintos espacios, etc. Al mismo tiempo, es también claro que la existencia de un puerto estatal no supone la desaparición de cualesquiera otras competencias sobre su espacio físico, ya que mientras que «la competencia exclusiva del Estado sobre puertos de interés general tiene por objeto la propia realidad del puerto y la actividad relativa al mismo, pero no cualquier tipo de actividad que afecte al espacio físico que abarca un puerto...», la competencia de ordenación del territorio y urbanismo tiene por objeto la actividad consistente en la delimitación de los diversos usos a que pueda destinarse el suelo o espacio físico territorial» (STC 77/1984, fundamento jurídico 2.).»*

## II

Ello conduce a que deba analizarse si el informe previsto en el Art. 25 LAguas puede considerarse como vinculante.

La respuesta a ello ha de ser negativa si lo analizamos desde el punto de vista de la distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas ya que lo contrario condicionaría la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio hasta el punto de convertir el planeamiento urbanístico en un acto que requeriría la conformidad del Estado a través de las Confederaciones Hidrográficas, máxime si, tras la modificación operada, el carácter desfavorable puede venir por la no emisión del informe en plazo.

Ese «silencio negativo» supondría de facto la atribución al Estado de un poder de veto sobre el ejercicio de una competencia autonómica exclusiva sin que se pueda enmarcar en los principios de colaboración en los que tanto ha insistido la jurisprudencia constitucional.

La colaboración requiere una actuación conjunta que permita a la Administración titular de la competencia esencial obtener la colaboración, cooperación, punto de vista, etc. de las demás Administraciones con competencias en la materia. Atribuir a la Administración del Estado la facultad de evacuar un informe preceptivo y vinculante y al mismo tiempo establecer que la falta de evacuación en plazo tendrá

carácter desfavorable supone supeditar una competencia autonómica exclusiva no solo a la voluntad estatal sino a la propia inactividad del Estado.

No cabe imaginar nada más opuesto a la colaboración entre Administraciones que la aplicación de un silencio negativo en las relaciones entre las mismas. Un informe vinculante y al mismo tiempo tácito supone el que la Comunidad Autónoma no conoce las razones que llevan al Estado a rechazar el plan que ha sido sometido a informe, ello implica el que su recurso en vía contenciosa o mediante un conflicto de competencias sea especialmente complejo, facilitando en grado extremo la arbitrariedad estatal y convirtiendo el principio de lealtad institucional en un mero enunciado.

Esta inadecuación del silencio negativo en las relaciones entre Administraciones públicas se ve acentuada cuando en otras normativas sectoriales se establece un silencio positivo en el caso de informes preceptivos como es el caso de la Ley de Puertos.

A mayor abundamiento cuando se observa en la propia ley una evidente contradicción interna en la nueva redacción al establecer que el informe «se pronunciará **expresamente** sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes» para, a continuación, atribuir un carácter desfavorable a su falta de emisión. Debe recordarse que en esta materia las Confederaciones están vinculadas por los Planes Hidrológicos de Cuenca —Art. 42 LAg— de los cuales ya se debería poder establecer si hay suficiencia de recursos hídricos.

En el debate parlamentario de esta enmienda, y ante las críticas a este silencio negativo, el Grupo Parlamentario proponente se basó en el carácter negativo del silencio cuando se trata de dominio público (Art. 43.2 LRJPAC), si bien esa argumentación es manifiestamente errónea por cuanto:

1º El informe no es un acto resolutorio de la Confederación Hidrográfica sino un acto de trámite en el procedimiento autonómico de aprobación de un plan (así la jurisprudencia a propósito de las Declaraciones de impacto ambiental).

2º El informe no determina el que se transfieran a terceros facultades relativas al dominio público.

Incluso en el caso de que se tratase de un informe expreso tampoco tendría carácter vinculante como se puede concluir de los siguientes argumentos.

1º Cuando las normas legales quieren atribuir ese carácter vinculante lo establecen expresamente, así la propia Ley de Aguas en el Art. 128, el Art. 112 de la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas teniendo en cuenta la interpretación de la STC 149/91, Art. 10 de la Ley 25/88, de

29 de julio, de Carreteras o la D.A. 1ª de la Ley 6/98, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones.

2º En el debate parlamentario de la Ley 53/99, que introdujo este informe, se presentaron enmiendas por el Grupo Parlamentario Vasco que solicitaban su supresión por considerar que, aunque el informe no tuviera carácter vinculante, afectaba a las competencias autonómicas. Si bien esas enmiendas fueron rechazadas, en ningún momento se contradijo la afirmación del carácter no vinculante.

3º El Art.83 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, establece que los informes, salvo disposición expresa en contrario, serán facultativos y no vinculantes.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1986 *«A esto podemos agregar que los informes, salvo disposición expresa en contrario, serán facultativos y no vinculantes», como categóricamente se establece en el art. 85-2.º de la Ley de Procedimiento administrativo, lo que viene siendo corroborado por una constante jurisprudencia; siendo de destacar, por la analogía de supuestos, la doctrina sentada en la de 10 de marzo de 1961, considerando correcta una resolución, que «tras de una serie de informes favorables a una petición, al tener presente un factor superior y no contemplado en aquéllos, discrepa de tales informes», pues la Administración siempre conserva sus facultades resolutorias, con independencia de lo que se haya informado -S. 23 diciembre 1964, incluso tratándose de informes preceptivos, al no ser lo mismo que informes vinculantes, como proclama la sentencia de 21 de octubre de 1974.»*

Incluso en los supuestos de informes vinculantes la norma que los crea puede establecer los efectos de los mismos, como ocurre en el Art.18 de la Ley de Puertos en el que se establece que la resolución de la discrepancia entre la Administración Urbanística y la Autoridad Portuaria se resolverá por el Consejo de Ministros; o lo dispuesto en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, al establecer en su apartado 4º que *«La Administración General del Estado, en el ejercicio de sus competencias, emitirá informe en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. Estos informes tendrán carácter vinculante, en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado, y serán evacuados, tras, en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada, en el plazo máximo de dos meses, transcurrido el cual se entenderán emitidos con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación del procedimiento de aprobación, salvo*

*que afecte al dominio o al servicio públicos de titularidad estatal. A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de disconformidad emitida por el órgano competente por razón de la materia o en los casos de silencio citados en los que no opera la presunción del carácter favorable del informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en aquello que afecte a las competencias estatales.»*

De ello se deriva en el supuesto que nos ocupa que el informe del Art. 25 de la Ley de Aguas no tiene carácter vinculante y no impide al órgano titular de la competencia sustantiva, esto es, la Comunidad de Madrid en cuanto se trata de las competencias de ordenación del territorio y urbanismo, la aprobación de sus actos y planes aunque el informe del organismo de cuenca haya sido expresamente desfavorable y, con mayor razón, si se trata de un informe desfavorable presunto por no haber sido emitido en plazo. En estos supuestos cobran un especial relieve otros informes que se puedan haber evacuado en el procedimiento, relacionados con esta materia, como por ejemplo los que puedan emitir las compañías suministradoras de aguas como es el caso del Canal de Isabel II. Todos ellos deberán valorarse en la decisión final en la cual, si se trata de un acto administrativo, deberá motivarse la decisión adoptada conforme el Art. 54 de la Ley 30/92.

Téngase en cuenta, a estos efectos, la Ley 17/84, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid, cuyo Art. 2.2 b) atribuye a la Comunidad de Madrid en relación con el abastecimiento de agua en sus dos vertientes de aducción y depuración *«La planificación general, con formulación de esquemas de infraestructuras y definición de criterios sobre niveles de prestación de servicios y niveles de calidad exigibles a los afluentes y cauces receptores, de acuerdo con los Planes Hidrológicos y Ambientales del Estado y de la Comunidad y con el Planeamiento Territorial y Urbanístico»,* correspondiendo la explotación de dichos servicios al Canal de Isabel II.

### III

Por último, queda por analizar si procedería la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la modificación del Art. 25 de la Ley de Aguas.

Las Comunidades Autónomas pueden interponer el recurso de inconstitucionalidad (Art. 162.1 a) CE) frente a leyes para estatales, exigiendo el Art. 32 de la L.O. 2/79, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que dichas leyes *«puedan afectar a su propio ámbito de autonomía»*. Si bien el Tribunal ha pasado de una primitiva interpre-

tación estricta (STC 25/81) a otra más amplia, así SSTC 84/92, 74/87 o 96/2002 en la que extiende esa legitimación a la defensa de sus intereses peculiares, lo cierto es que para que proceda el recurso de inconstitucionalidad la lesión constitucional cuya depuración persigue el recurso debe resultar de la norma impugnada, no del uso que se haga de la misma, por cuanto el Tribunal Constitucional tiene el control de la constitucionalidad de la ley no de la actuación administrativa en la aplicación de la misma. Así la STC 77/85 recuerda que las sentencias interpretativas, si bien son un instrumento lícito a disposición del Tribunal, no pueden ser objeto de pretensión por parte de los recurrentes, añadiendo «*Lo que, con ocasión de un recurso como el presente, corresponde a este TC, es analizar si los artículos impugnados se oponen o no a los preceptos constitucionales, sin aventurar hipótesis sobre su futura y eventual interpretación.*»

De igual forma, si bien respecto a los conflictos constitucionales de competencias, la STC 88/89 (Caso Atina) estableció «*Por ello mismo, cuando sobre la titularidad y límites de esa competencia no existe controversia, sino que ésta se limita a discutir el ejercicio concreto de esa competencia en relación a supuestos específicos, dentro de unos límites competenciales sobre los que existe acuerdo, ha de afirmarse que falta el presupuesto para la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional puesto que el conflicto sólo puede plantearse para definir los límites externos de la competencia y del correspondiente poder estatal o autonómico, pero no para verificar el ejercicio concreto dentro de tales límites de dicho poder, en relación a determinados hechos cuyo alcance territorial deviene el elemento decisivo para decidir la distribución competencial dentro de unos límites y de acuerdo con unos criterios no controvertidos. En ese caso, la decisión no establece límites competenciales, sino que sólo los aplica a supuestos concretos, en relación con una calificación fáctica o, en su caso, jurídica de los mismos que carece de toda relevancia constitucional. Por ello la discrepancia sobre el ámbito territorial de una determinada situación o supuesto no es propia ni puede ser planteada en un proceso constitucional como el del conflicto positivo de competencias.*»

Como indica la STC 40/98 «*No puede, por último, compartirse la afirmación del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña de que el precepto es inconstitucional porque el sistema que en él se establece permite a la Autoridad Portuaria bloquear la aprobación del plan especial urbanístico durante un mínimo de seis meses. Como acabamos de exponer, el sistema busca una solución coordinada de los intereses en juego y, en sí mismo, es respetuoso con el orden constitucional de competencias. Esta conclusión no se ve afectada por el posible*

*uso abusivo que de la norma pueda hacerse, pues, como reiteradamente hemos afirmado, la mera posibilidad de un uso de tal naturaleza de las normas no puede ser nunca, en sí misma, motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas (SSTC 58/1982, 132/1984 y 204/1994). En idéntico sentido la STC 164/2001.*

Por ello no parece factible la interposición de un recurso de inconstitucionalidad basándose en el posible abuso que pudiera realizar el Estado del silencio negativo que prevé el Art. 25.4 de la Ley de Aguas, máxime cuando dicho informe desfavorable, expreso o presunto, no priva a la Comunidad de Madrid del ejercicio de sus competencias exclusivas pudiendo aprobar los planes pese a dichos informes estatales si lo considera adecuado a la luz de los elementos de juicio que existan en el correspondiente procedimiento administrativo.

Por lo expuesto pueden formularse las siguientes

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El informe que contempla el Art. 25.4 de la Ley de Aguas no tiene carácter vinculante para la Comunidad de Madrid en el ejercicio de sus competencias exclusivas.

**SEGUNDA.** La Comunidad de Madrid puede aprobar sus planes y proyectos pese a la existencia de un informe desfavorable de la Confederación Hidrográfica, ya sea expreso o presunto.

**TERCERA.** No procede por ello el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad ya que las posibles lesiones competenciales que pudiera sufrir la Comunidad de Madrid provendrían, no de la regulación legal, sino del uso que de la misma pudiera realizar la Administración General del Estado y por tanto serían residenciables ante la Jurisdicción Ordinaria, bien por parte del Estado impugnando los planes y actos de la Comunidad de Madrid, bien por la Comunidad de Madrid impugnando los actos del Estado que obstaculizasen el ejercicio de las competencias autonómicas.

Es cuanto procede informar, no obstante, V.I. resolverá.

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yañez Díaz

**INFORME SOBRE LA INCIDENCIA DEL CONVENIO DE 7 DE ABRIL DE 2004 RELATIVO A LA REALIZACIÓN DE INTERCAMBIADORES DE TRANSPORTE SOBRE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRANSPORTES, EN EL SUPUESTO DE QUE LOS INTERCAMBIADORES, POR SU CARACTERÍSTICAS, CONSTITUYAN ESTACIONES DE TRANSPORTE**

Se recibe en este Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica solicitud de Informe sobre LA INCIDENCIA DEL CONVENIO DE 7 DE ABRIL DE 2004 RELATIVO A LA REALIZACIÓN DE INTERCAMBIADORES DE TRANSPORTE SOBRE LAS COMPETENCIAS ATRIBUIDAS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRANSPORTES, EN EL SUPUESTO DE QUE LOS INTERCAMBIADORES, POR SU CARACTERÍSTICAS, CONSTITUYAN ESTACIONES DE TRANSPORTE.

Examinados los antecedentes recibidos procede emitir el siguiente

**INFORME**

**I**

Resulta necesario para el correcto examen de la cuestión planteada, partir del Convenio de fecha 7 de abril de 2004 celebrado entre la Comunidad de Madrid, el Ayuntamiento de Madrid y el Consorcio Regional de Transportes sobre la realización de intercambiadores de transporte en el municipio de Madrid.

Se trata de un convenio de colaboración que tiene por objeto la definición, construcción, puesta en servicio y explotación de los intercambiadores de transporte que en el mismo se definen.

En este ámbito, se atribuye al Consorcio de Transportes la facultad de convocar los concursos necesarios para la consecución de su objeto (redacción de proyectos de construcción, y adjudicación de la concesión de ejecución de obra y gestión del servicio público), así como el ejercicio de las facultades de tutela de la explotación del intercambiador y la aprobación de las tarifas correspondientes, todo ello sin perjuicio de las que asume el Ayuntamiento de Madrid.

Se configura así el Consorcio como Administración concedente, en el ámbito de las concesiones de ejecución de obra y gestión del servicio público de los intercambiadores.

El Consorcio Regional de Transportes de Madrid es el organismo público, que bajo la forma de organismo autónomo, concentra las competencias sobre transporte público regular de viajeros de la Comunidad de Madrid y los Ayuntamientos que se adhieran al mismo.

Conforme su Ley de creación, Ley 5/85, de 16 de mayo, es la entidad mediante la que se articula la cooperación y participación de la Comunidad de Madrid y de los Ayuntamientos de la misma en la gestión conjunta del servicio de transporte público regular de viajeros (art. 1).

El Consorcio ejerce sobre el transporte público regular de viajeros que circule por toda clase de vías, cualquiera que sea la titularidad de éstas, una serie de amplias competencias que recoge el art. 2 de su Ley reguladora, y entre las que se encuentran «*las que corresponde o le sean delegadas a la Comunidad de Madrid*», «*las que correspondan a los Ayuntamientos de la Comunidad de Madrid que se hayan adherido voluntariamente al Consorcio mediante acuerdo plenario*», «*la planificación de la infraestructura del transporte público de viajeros definiendo las directrices de la política a seguir, la programación de las inversiones y la supervisión de los correspondientes proyectos*», «*planificación de los servicios y el establecimiento de programas de explotación coordinada para todas las empresas prestadoras de los mismos*», así como la «*tramitación y resolución de las autorizaciones y concesiones*».

Por ello, no parece haber dudas sobre las competencias del Consorcio para actuar como Administración concedente y ejercer todas las funciones inherentes a esta condición, tanto por aplicación de su normativa sectorial propia como la que le corresponde como Administración concedente de la concesión al amparo del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

## II

Tal criterio no incide sobre las competencias propias de la Dirección General de Transportes.

Así, el Decreto 116/2004, de 29 de julio, por el que se establece la estructura de la Consejería de Transportes e Infraestructuras, atribuye en su art. 7 apartado a), a la Dirección General de Transportes la competencia sobre:

«*a) La autorización de servicios e instalaciones de transportes terrestre, tanto de viajeros como de mercancías y la acreditación para el ejercicio del transporte y actividades auxiliares y complementarias y realización de las pruebas que prevean las normas vigentes. La elaboración del Plan de Inspección técnica y su materialización tanto técnica como administrativa así como la resolución de expedientes sancionadores por infracciones en materia de transportes y la ejecución de las sanciones resultantes, tanto pecuniarias como no pecuniarias, sin perjuicio de las competencias de recaudación de ingresos atribuidas a la Consejería de Hacienda, y todas aquellas materias que no sean de la competencia del Consorcio Regional de Transportes.*»

Por su parte, los arts. 183 y siguientes del Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, regula, de conformidad con el art. 128 de dicha Ley, la intervención administrativa en el establecimiento de estaciones de transporte, cuya autorización corresponde a las Comunidades Autónomas.

Sentado lo anterior, es necesario realizar diversas consideraciones:

1º. En primer lugar, la competencia se ejerce por el órgano administrativo que la tenga atribuida como propia conforme señala el art. 12 de la Ley 30/92. Sin embargo, tal competencia propia de cada órgano se ejerce siempre dentro de su esfera de atribuciones en relación con la materia de que se trate. Así, la competencia sobre «*autorización de servicios e instalaciones de transportes terrestres...*» que corresponde a la D.G. de Transportes conforme el Decreto 116/2004, no alcanza a aquellas que son competencia del Consorcio de Transportes.

Es a éste a quien corresponde ejercer la «*gestión conjunta del servicio de transporte público regular de viajeros*» (art. 1 Ley 5/85), de modo que las funciones relativas al **transporte de viajeros regular de uso general** (ya en la terminología de la LOTT en su redacción vigente), corresponden al Consorcio de Transportes y no a la D.G. de Transportes.

En el mismo sentido a la D.G. de Transportes le corresponden las competencias a que nos venimos refiriendo «*y todas aquellas materias que no sean de la competencia del Consorcio Regional de Transportes*» según el último inciso del apartado a) del art. 7 del Decreto 116/2004, por lo que deben respetarse las competencias de éste último.

2º. En segundo lugar, la autorización de estaciones de transporte a que se refieren las normas estatales, arts. 127 L.O.T.T. y 183 y siguientes de su reglamento (con independencia de el significado terminológico con los intercambiadores al que luego nos referiremos), resultaría plenamente cumplida con la intervención del Consorcio de Transportes.

Es decir, es la Comunidad de Madrid la que autoriza tales instalaciones, y lo hace a través de su órgano competente, en este caso el Consorcio de Transportes, a quien corresponde ejercer sobre el transporte público regular de viajeros «las competencias que corresponden a la Comunidad de Madrid», como señala expresamente el art. 2.1ª de su Ley de creación.

En el mismo sentido corresponde al Consorcio la «tramitación y resolución de las autorizaciones y concesiones» (art. 2 Ley 5/85), dentro de su propia esfera de competencias, como es el transporte público regular de viajeros.

3º. La consideración de los intercambiadores como estaciones de transporte o como algo distinto se sitúa después de lo expuesto en un segundo plano.

No obstante, tanto la L.O.T.T. como su Reglamento se refieren a las estaciones de transporte tradicionales, como centros destinados a concentrar las salidas y llegadas a una población de los vehículos de transporte público que reúnen las condiciones y requisitos establecidos reglamentariamente (art. 127 D.16/87).

Pero los intercambiadores no responden a una estación de transporte de vehículos propiamente dicha, sino a una instalación que trata de integrar la confluencia y el acceso a los distintos modos de transporte que en el mismo confluyen, sean vehículos, metro o ferrocarril.

Así, por ejemplo, lo contemplan las Bases del Plan Regional de Estrategia Territorial —Sector Transportes—, que considera como estrategia de fomento del transporte público «la potenciación de los intercambiadores de transporte que posibiliten la integración de las diferentes redes previstas», considerando los intercambiadores como «centros neurálgicos del intercambio modal fundamental para conseguir mejorar los ahorros de tiempo y que el transporte público resulte atractivo a la demanda potencial» (apartado 8.6).

Con independencia de tal consideración, que puede ser debatible, tanto si los intercambiadores no constituyen estaciones de transporte, como si se consideran como una estación de autobuses tradicional o estación de transporte en el sentido literal del Reglamento de la L.O.T.T., si está destinada a la entrada y salida de vehículos afectos al transporte de viajeros regular de uso general, las competencias sobre

los mismos las ejerce el órgano legalmente habilitado para ello, formando así parte de las competencias propias del Consorcio de Transportes.

En definitiva, se trata de la firma de un Convenio de colaboración entre distintas Administraciones Públicas, que tiene como finalidad la realización de intercambiadores de transporte, actividad afectada al transporte de viajeros regular de uso general, cuya competencia corresponde al Consorcio Regional de Transportes. En el ejercicio de esas competencias el Convenio le encomienda la licitación de los concursos de construcción, conservación y explotación de las concesiones sobre los intercambiadores, ejerciendo por tanto sobre los intercambiadores las competencias propias de la Administración concedente.

Todo ello se entiende sin perjuicio de la necesaria coordinación entre la Consejería de Transportes, responsable de la ejecución de las políticas públicas del Gobierno en materia de infraestructuras y servicios del transporte (art. 1.1. D. 116/2004) y el Consorcio Regional de Transportes organismo que articula la cooperación y participación de la Comunidad de Madrid y los Ayuntamientos, de la misma en la gestión conjunta del servicio de transporte público regular de viajeros (art. 1 Ley 5/85).

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Madrid, la Comunidad de Madrid y el Consorcio Regional de Transportes de fecha 7 de abril de 2004 para la realización de intercambiadores de transporte en el municipio de Madrid no incide sobre las competencias de la Dirección General de Transportes.

**SEGUNDA.** El procedimiento de realización de los intercambiadores de transporte a través del Convenio de fecha 7 de abril de 2004 y la posterior licitación por el Consorcio Regional de Transportes de los concursos de redacción de proyectos de construcción, y de concesiones de ejecución de obra y gestión del servicio público, se adecuan al procedimiento legalmente establecido.

Es cuanto procede informar, no obstante, V.I. resolverá.

**Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero.**



La potestad de ejecución forzosa, como facultad de la Administración que le permite obtener la efectividad de las resoluciones por sí misma, no se encuentra consagrada constitucionalmente aunque sí es admitido jurisprudencialmente que se encuentra amparada por el principio de eficacia (art. 130 CE, STC 22/19894).

Es la Ley 30/92 la que desarrolla el marco legal de posibilidades administrativas de ejecución forzosa, sentando los principios de su ejercicio y los medios a su alcance.

La Ley 30/92 establece en su art. 93 que «las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico», y que la ejecución forzosa se iniciará previo apercibimiento al interesado (art. 95).

Se crea por tanto la necesidad, en primer lugar, de un previo procedimiento administrativo que genere un acto de obligado cumplimiento, y en segundo lugar, un propio procedimiento que comenzando por el apercibimiento finalice en un acto ejecutivo que será objeto de ejecución forzosa.

Además, dentro de las posibilidades de ejecución forzosa que contempla el ordenamiento hay que elegir la más adecuada al caso concreto.

Por ello el incumplimiento del acto administrativo no puede conllevar automáticamente la ejecución forzosa de dicho acto, pues es necesario adoptar una resolución que le sirva de fundamento jurídico para iniciar actuaciones materiales de ejecución.

En nuestro caso no puede considerarse como tal resolución, la previsión en el acto de autorización de actuaciones en zona de dominio público, de proceder a la ejecución forzosa cuando el particular no ejecuta las obras de restablecimiento en el plazo que la misma señalase, como se propone.

Pero en adición a ello, se trata de contemplar la posibilidad de incluir en las resoluciones del Director General, no la apertura o iniciación genérica de la ejecución forzosa, sino la ejecución subsidiaria y automática de la Administración.

La ejecución subsidiaria es uno de los medios que establece el art. 96 como medio de ejecución forzosa y que consiste en la realización de las actividades de ejecución directamente por la Administración por sí o a través de un tercero, en caso de incumplimiento por parte del particular obligado.

Se trataría así de establecer en las resoluciones un plazo máximo para que el interesado ejecute las obras necesarias cuando lo autorizado anteriormente ahora deviene incompatible, y transcurrido el

cual, la Administración procedería a ejecutar tales actuaciones por sí misma.

Tal posibilidad plantea numerosos problemas de difícil solución. En primer lugar, de orden procedimental, pues como ya hemos dicho la previsión en las resoluciones de proceder a la ejecución subsidiaria una vez transcurrido el plazo que se señale no impide que la Administración tenga que dictar la correspondiente Resolución autorizando u ordenando tal ejecución subsidiaria, ni exime notificar al interesado antes de proceder a ejecutar las obras.

Por otra parte, tampoco una hipotética previsión de este tipo en la Orden sustituye al examen del principio de proporcionalidad, de manera que se ha de elegir el medio de ejecución forzosa menos restrictivo a la libertad individual (art. 96.2 L. 30/92), y ha de tratarse en todo caso de actos que no sean personalsísimos, cuya distinción a veces es delicada dependiendo de la casuística.

Además, nos encontramos con la necesidad de la preceptiva autorización judicial de entrada en domicilio en caso de ser necesaria, para proceder a la ejecución subsidiaria. La inviolabilidad del domicilio, extensivo igualmente a los centros de negocio, hace necesario el examen por parte de la autoridad judicial de las circunstancias de cada caso, por lo que las obras de necesaria realización, el transcurso del plazo y la Orden con el texto propuesto no serían lo más probable elementos suficientes para que los jueces procediesen a autorizar dicha entrada.

Igualmente, el señalamiento en la Orden de un plazo determinado choca con la necesaria adecuación de tal plazo al supuesto concreto, pues unas veces serán las actividades necesarias de poca entidad y otras requerirán por su complejidad un plazo más largo.

Ello no obsta a plasmar en la Orden que la Administración procederá a iniciar el correspondiente procedimiento de ejecución forzosa en caso de no realizar el particular las obras a que viniera obligado, al igual que en otro tipo de actos se *anuncia* que se iniciará el procedimiento de apremio en caso de no satisfacer la deuda.

## CONCLUSIÓN

Puede establecerse en la Orden un apartado referido a la utilización por la Administración del procedimiento de ejecución forzosa en caso de que el interesado no realice las actuaciones que viniera obligado, que podría ser del siguiente tenor: «En caso de no realizarlas y transcurrido el plazo concedido al efecto, la Administración procederá a actuar subsidiariamente iniciando el correspondiente procedimiento de ejecución forzosa».



Tal previsión no sustituye a los requisitos y procedimiento necesarios para llevar a cabo la ejecución subsidiaria.

Es cuanto procede informar, no obstante, V.I. resolverá.

**Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero.**

La Ley 34/97 establece que el Director General de la Administración Regional de la Comunidad de Madrid, en el ejercicio de sus funciones, podrá delegar en Letrados de la Comunidad de Madrid, en su caso, las competencias que le correspondan en materia de gestión y ejecución de los servicios que le correspondan.

Se crea por tanto un puesto de Letrado de la Comunidad de Madrid, en el ámbito de la Consejería de Educación, con el nombre de Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero, para el desempeño de las funciones que le correspondan en materia de gestión y ejecución de los servicios que le correspondan.

Por último, se informa de que el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero, ha sido designado para el desempeño de las funciones que le correspondan en materia de gestión y ejecución de los servicios que le correspondan.

En consecuencia, se informa de que el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero, ha sido designado para el desempeño de las funciones que le correspondan en materia de gestión y ejecución de los servicios que le correspondan.

Pero en aplicación de lo establecido en el artículo 104 de la Ley 34/97, la ejecución de las competencias que le correspondan al Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero, se realizará en el ámbito de la Consejería de Educación, en el ejercicio de sus funciones, podrá delegar en Letrados de la Comunidad de Madrid, en su caso, las competencias que le correspondan en materia de gestión y ejecución de los servicios que le correspondan.

La ejecución subsidiaria es uno de los medios que establece el art. 104 de la Ley 34/97 para la ejecución de las competencias que le correspondan al Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Eduardo Pflueger Tejero, en el ejercicio de sus funciones, podrá delegar en Letrados de la Comunidad de Madrid, en su caso, las competencias que le correspondan en materia de gestión y ejecución de los servicios que le correspondan.

Nº LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
4/2005	14/11/2005	25/12/2005	DE LA AGENCIA REGIONAL PARA LA INMIGRACIÓN Y LA COOPERACIÓN
5/2005	29/12/2005	29/12/2005	INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
6/2005	23/12/2005	30/12/2005	DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID
7/2005	23/12/2005	30/12/2005	DE MEDIDAS FISCALES Y ECONÓMICAS

## LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID TERCER Y CUARTO TRIMESTRE 2005

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
44/2005	14/07/2005	08/08/2005	EDUCACIÓN	SE ESTABLECEN PARA LA COMUNIDAD DE MADRID LOS CURSOS DE Y LA PRUEBA DE ACCESO CORRESPONDIENTE A LAS ENSEÑANZAS DEPORTIVAS DE RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MODALIDAD DE ATLETISMO ASÍ COMO LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS CENTROS DOCENTES EN QUE SE IMPARTAN



N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
70/2005	21/07/2005	01/08/2005	MEDIO AMBIENTE Y ORDENA. DEL TERRIT.	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO PARA ADSCRIBIR LA EMPRESA PÚBLICA «GEDESMA, S.A.»
71/2005	21/07/2005	08/08/2005	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE REGULA LA PARTICIPACIÓN DE LA AGENCIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA LA REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN DEL MENOR INFRACTOR EN LA COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR EN EL CONSEJO DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y EN LOS CONSEJOS LOCALES DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA
74/2005	28/07/2005	04/08/2005	TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS	SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO EN AUTOMÓVILES DE TURISMO
78/2005	02/08/2005	08/08/2005	JUSTICIA E INTERIOR	SE AUTORIZA LA CONSTITUCIÓN POR LA COMUNIDAD DE MADRID DE LA «FUNDACIÓN MADRID POR LA EXCELENCIA»

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
80/2005	02/08/2005	05/08/2005	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE MODIFICA EL CONSEJO DE COOPERACIÓN AL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
83/2005	15/09/2005	27/09/2005	MEDIO AMBIENTE Y ORDENA. DEL TERRIT.	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN Y PONENCIA TÉCNICA DE ETIQUETADO ECOLÓGICO REGULADAS EN EL DECRETO 216/2003, DE 16 DE OCTUBRE.
84/2005	15/09/2005	21/09/2005	CULTURA Y DEPORTES	SE APRUEBA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULA LA RESERVA DEL 1 POR 100 ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 50 DE LA LEY 10/1998, DE 9 DE JULIO, DE PATRIMONIO HISTÓRICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
85/2005	15/09/2005	16/09/2005 Corrección de Errores: 19/09/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIER.	SE ESTABLECEN LAS BASES PARA LA CREACIÓN DE LA AGENCIA PARA LA INMIGRACIÓN
88/2005	22/09/2005	11/10/2005 Corrección de Errores: 19/10/2005	EDUCACIÓN	SE ESTABLECEN PARA LA COMUNIDAD DE MADRID LOS CURRÍCULOS Y LA PRUEBA DE ACCESO CORRESPONDIENTES A LAS ENSEÑANZAS DEPORTIVAS DE RÉGIMEN ESPECIAL

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
				DE LA MODALIDAD DE BALONMANO, ASÍ COMO LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS CENTROS DOCENTES EN QUE SE IMPARTAN
89/2005	22/09/2005	26/09/2005 Corrección de Errores: 21/11/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE CREA EL COMITÉ DE PREVENCIÓN, EL CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LA EVOLUCIÓN EPIDEMIOLÓGICA DEL VIRUS DE LA GRIPE Y LA COMISIÓN CIENTÍFICA DE ESTUDIO Y ASESORAMIENTO EN MATERIA DE GRIPE AVIAR DE LA COMUNIDAD DE MADRID
90/2005	22/09/2005	23/09/2005	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE MODIFICA EL DECRETO 126/2004, DE 29 DE JULIO, DE ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES
97/2005	29/09/2005	30/09/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIER.	SE ESTABLECEN MEDIDAS EXCEPCIONALES PARA LA REGULACIÓN DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA EN LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
100/2005	29/09/2005	30/09/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD Y CONSUMO
111/2005	06/10/2005	14/10/2005 Corrección de Errores: 20/10/2005	EMPLEO Y MUJER	SE CREA EL OBSERVATORIO REGIONAL DE EMPLEO Y DE LA FORMACIÓN
114/2005	13/10/2005	14/10/2005	HACIENDA	SE MODIFICA EL REGLAMENTO POR EL QUE SE REGULAN LAS APUESTAS HÍPICAS EN LA COMUNIDAD DE MADRID, APROBADO POR DECRETO 148/2002, DE 29 DE AGOSTO
117/2005	20/10/2005	10/11/2005 Corrección de Errores: 18/11/2005	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGI.	DE AUTORIZACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE ALOJAMIENTOS DE TURISMO RURAL EN LA COMUNIDAD DE MADRID
118/2005	27/10/2005	15/11/2005	MEDIO AMBIENTE Y ORDEN. DEL TERRIT.	SE CREA LA COMISIÓN DE CALIDAD DEL AIRE DE LA COMUNIDAD DE MADRID
121/2005	17/11/2005	23/11/2005 Corrección de Errores: 28/11/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIER.	SE CREA LA COMISIÓN REGIONAL PARA LA APLICACIÓN DEL UNO POR CIENTO CULTURAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
123/2005	01/12/2005	22/12/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE CREA LA OFICINA REGIONAL DE LUCHA CONTRA EL VIH/SIDA DE LA COMUNIDAD DE MADRID
126/2005	07/12/2005	22/12/2005	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGI.	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA
127/2005	15/12/2005	19/12/2005	JUSTICIA E INTERIOR	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DEL OBSERVATORIO REGIONAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
128/2005	15/12/2005	27/12/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIER.	SE DEROGAN PARCIALMENTE DETERMINADAS MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, PARA APOYAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD EN EL EMPLEO
130/2005	22/12/2005	23/12/2005	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIER.	SE APRUEBAN LAS TARIFAS MÁXIMAS DE LOS SERVICIOS DE ADUCCIÓN, DISTRIBUCIÓN, ALCANTARILLADO, DEPURACIÓN Y AGUA REUTILIZABLE EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº DECRETOS	FECHA	FECHA DOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
123/2005	01/12/2005	22/12/2005	SANIDAD Y CONSUMO	SE CREA LA DELEGACIÓN REGIONAL DE LUCHA CONTRA EL VIHUSO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
124/2005	02/12/2005	22/12/2005	ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA	SE MODIFICA LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA
127/2005	15/12/2005	19/12/2005	JUSTICIA E INTERIOR	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DEL OBSERVATORIO REGIONAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO
128/2005	15/12/2005	29/12/2005	VICEPRESA PRIMERA Y FORTALECIDA DEL GOBIERNO	SE DEROGAN PARCIALMENTE DETERMINADAS MEDIDAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA APOYAR LA ESTABILIDAD Y CALIDAD EN EL EMPLEO
130/2005	22/12/2005	22/12/2005	VICEPRESA PRIMERA Y FORTALECIDA DEL GOBIERNO	SE APRUEBAN LAS TARIFAS MÍNIMAS DE LOS SERVICIOS DE EDUCACIÓN, DISTRIBUCIÓN, ALCANTARILLADO, DEPURACIÓN Y AGUA REUTILIZABLE EN EL ENLITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID



