



Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid

N.º 26
Enero
Junio
2008



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid



N.º 26 Enero-Junio

Año 2008

Estudios

Notas sobre la Protección Constitucional de la Vida Humana,
por *José Luis Requero Ibáñez*.

La cesión del Impuesto sobre el Patrimonio a la Comunidad
Autónoma de Madrid, por *M^a. del Mar de la Peña Amorós*.

Diversas consideraciones en torno a los Conflictos
entre la Jurisdicción Ordinaria y la Militar, por *Adolfo Luque
Regueiro*.

La Protección Civil frente al Ruido, por *Pablo Surroca Casas*.

Comentarios

El Derecho de Reversión, por *Silvia Pérez Blanco*.

El Instituto de la Caducidad en el ámbito del Procedimiento
Administrativo Sancionador: análisis de las especialidades
relativas a los procedimientos sancionadores en materia
de transportes y de prevención de riesgos laborales, por
Mercedes Blanco Toribio.

Selección de Dictámenes

**Decretos de la Comunidad de Madrid
Primer y segundo trimestre 2008**

05 NOV 2008

R.1395



REVISTA JURÍDICA DE
LA COMUNIDAD DE MADRID

Nº 26. Enero-Junio 2008

05 NOV 2008

R.1395



NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

Subdirector
Carlos Yáñez Díaz

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica podrán ser remitidos para su publicación en cualquier otra publicación, pero no en la misma. Los que no se publiquen en la misma.

N.º 26. Enero-Junio 2008

Para acceder a ella dentro de la Vicepresidencia Primera y Foros de la Comunidad de Madrid, los autores deben presentar los trabajos en el sitio web de la revista jurídica de la Comunidad de Madrid.

Los autores de los trabajos publicados serán remitidos tres ejemplares de la revista jurídica de la Comunidad de Madrid, que se les entregará en el momento de la entrega de los trabajos.

Trabaja 200 ejemplares
Edición: 1008
I.S.B.N.: 1130-8817
Deposito legal: M-4450-1999
IMPRESA: B.O.C.M.



Director:

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

Subdirector:

Carlos Yáñez Díaz
Subdirector General de lo Consultivo
carlos.yanez@madrid.org

Edita:

Vicepresidencia Primera y Portavocía del Gobierno
de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7. 28013 Madrid

Imprime:

Imprenta del organismo autónomo
Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no comparte necesariamente ni se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores.

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

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

Y en Intranet

http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 780 ejemplares
Edición: 10/08
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 191

Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y segundo trimestre 2007 215

Director: **NORMAS DE PUBLICACIÓN**
 Eugenio López Álvarez
 Director General de los Servicios Jurídicos
 eugenio.lopez@madrid.org

Subdirector:

Carlos Yáñez Díaz
 Podrán ser remitidos para su publicación en la Revista Jurídica los 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 de la Revista en la que se incluirán. También se aceptarán trabajos que se incluyan directamente en relación 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 diapositiva electrónica en formato Word, acompañando una fotocopia en la que se hará constar el título del trabajo, el nombre del autor, la dirección, dirección, NIF, número de teléfono, fax y 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 función de la que se establezca por la Dirección y conforme a la correspondiente presupestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Tirada: 780 ejemplares
 Edición: 1008
 ISSN: 1139-8517
 Depósito legal: M-6-13-1979
 C.O.P.E. R.O.C.M.

ÍNDICE

Estudios

<i>Notas sobre la Protección Constitucional de la Vida Humana</i> (José Luis REQUERO IBÁÑEZ).....	11
<i>La cesión del Impuesto sobre el Patrimonio a la Comunidad Autónoma de Madrid</i> (M ^a . del Mar DE LA PEÑA AMORÓS).....	29
<i>Diversas consideraciones en torno a los conflictos entre la Jurisdicción Ordinaria y la Militar</i> (Adolfo LUQUE REGUEIRO)..	65
<i>La Protección Civil frente al Ruido</i> (Pablo SURROCA CASAS).....	103

Comentarios

<i>El Derecho de Reversión</i> (Silvia PÉREZ BLANCO).....	145
<i>El Instituto de la Caducidad en el ámbito del Procedimiento Administrativo Sancionador: análisis de las especialidades relativas a los procedimientos sancionadores en materia de transportes y de prevención de riesgos laborales</i> (Mercedes BLANCO TORIBIO).....	165

Selección de Dictámenes	191
--------------------------------------	-----

Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y segundo trimestre 2007	215
--	-----

NOTAS SOBRE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIDA HUMANA(*)

POR
JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ
MAGISTRADO
VOCAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sumario: 1. EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN. 2. PROTECCIÓN AL INICIO DE LA VIDA HUMANA. 2.1. Bases de la Doctrina Constitucional. 2.2. En especial, la clonación terapéutica. 3. PROTECCIÓN AL FINAL DE LA VIDA. 4. CONCLUSIONES.

1. EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN

Como no podía ser de otra forma, el primer precepto que la Constitución Española (en adelante CE) dedica a los Derechos fundamentales y libertades públicas declara que «*todos tienen derecho a la vida...*» (artículo 15). Así comienza el “núcleo duro” de la parte dogmática de nuestra Constitución que es la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I y de ese derecho fundamental dependen todos los demás. Antes proclama que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10), precepto con el que se abre el Título I «*De los derechos y deberes fundamentales*», a lo que se añade la igualdad y la prohibición de toda discriminación (artículo 14) como derecho fundamental y criterio aplicativo de todos los derechos y libertades regulados en los sucesivos preceptos.

Se trata de una “opción sistemática” nada novedosa que, de una manera u otra, siguen los diferentes textos sobre derechos fundamentales vigentes en España como es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 3), que comienza declarando la igualdad, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 dedica el artículo 1 —lo que da título al

* Este trabajo es el texto de la Ponencia impartida el pasado 12 de agosto en el Curso *Aliviar el sufrimiento: aspectos asistenciales, éticos y jurídicos* celebrado en la UIMP (Santander) y recoge parte del trabajo publicado en el revista *Persona y Derecho*, nº 54 bajo el título *Derecho a la vida y vida 'preembrionaria'* así como mis aportaciones que respecto de la reforma del artículo 160.2 del Código Penal figuran en el Informe de 3 de noviembre de 2006 del Consejo General del Poder Judicial, al Anteproyecto de reforma del Código Penal.

Capítulo I— a la dignidad de la personas. Hecho esto, en ambos textos el primer derecho fundamental reconocido es el derecho a la vida. Sólo el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 comienza su regulación directamente con el reconocimiento y declaración del derecho a la vida (artículo 2).

Todo esto se confirma en esa *constitución negativa* que es el Código Penal. Su Parte Especial comienza con la protección dada al primer bien jurídico de la persona que es su derecho a la vida y a la integridad física. Así el Libro II —Delitos y sus penas— dedica los Títulos I a V a todas aquellas conductas que atentan a ese bien jurídico: homicidio, aborto, lesiones y manipulación genética.

En lo que a ahora interesa, una vez abolida la pena de muerte los problemas fundamentales que suscita la protección jurídica de la vida humana se concentran *al principio y al final*, esto es, en lo relativo a la vida que se inicia con la fecundación, la vida del *nasciturus* y los problemas ligados a los momentos finales de la vida humana. Entre medias, la excepción prevista en el inciso final del artículo 15 —pena de muerte para tiempo de guerra—, fue también abolida por la Ley Orgánica 11/95, de 27 de noviembre, de Abolición de la Pena de Muerte en Tiempo de Guerra.

La primera parte —inicio de la vida— suscita problemas variados como es todo lo relativo al delito de aborto y sus excepciones, la expendición de fármacos llamados “del día después” y lo referente a la protección de la vida embrionaria en cuanto al empleo de técnicas de fecundación *in vitro*, ligadas a las de reproducción humana asistida y la clonación. El segundo aspecto se refiere a toda la problemática ligada a la eutanasia, lo que tiene sus ramificaciones respecto de los tipos penales de auxilio e inducción al suicidio y omisión del deber de socorro, a la regulación del régimen de autonomía del paciente (Ley 41/02, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) más los casos de disponibilidad de la propia vida en relación a las huelgas de hambre y testigos de Jehová.

2. PROTECCIÓN AL INICIO DE LA VIDA HUMANA

2.1. Bases de la doctrina constitucional

En España la doctrina constitucional sobre la extensión del artículo 15 al *nasciturus* quedó fijada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/85, dictada a propósito de la introducción en el

Código Penal de 1973 del artículo 417 bis, precepto aun vigente¹. Esa doctrina se ha llevado a sus lógicas consecuencias en las Sentencias 212/96 y 116/99, respecto de las Leyes 35 y 42/88 referidas la primera a las técnicas de reproducción asistida y la segunda a la donación y utilización de embriones y fetos humanos. Ese soporte doctrinal es el que está presente en toda la normativa posterior: la Ley 45/03, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/88, en la Ley 14/06, de 26 de mayo, que deroga la Ley 45/03 así como en la Ley 14/07, de 3 de julio, de Investigación Biomédica y en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, en lo relativo al artículo 160.2.

Como punto de arranque la doctrina constitucional entiende que la vida humana «en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible»² y a los efectos que aquí interesan la STC 53/85 entiende que la vida humana es un devenir que comienza con la gestación y finaliza con la muerte, pero no es una realidad única a efectos de su protección jurídica, criterio ya presente en la ley penal. Lo novedoso radica en que considera que el artículo 15 CE se predica del nacido, el no nacido o *nasciturus* es ciertamente “alguien”, un “tertium” respecto de la madre con la que se relaciona, pero no un titular de ese derecho fundamental si bien su vida es un bien jurídico amparado por la Constitución. Queda, por tanto, excluida del citado precepto constitucional la tutela de la vida humana en gestación que cuyo amparo no es el que se tributa a un derecho fundamental sino a un bien jurídico digno de protección. De este precepto se deriva el deber del Estado de proteger la vida del *nasciturus*, bien absteniéndose de interrumpir u obstaculizar el proceso de gestación, bien mediante un sistema legal idóneo que puede llevar incluso a la protección penal. Sólo cuando hay conflicto, choque de intereses, puede el Estado limitar esa protección para lo cual antes se acudía a la técnica penal de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y a los tipos penales privilegiados, pero esto no impide que se emplee otra técnica: la exclusión de la antijuridicidad en ciertos casos, es decir, el sistema de indicaciones. Esto es lo que hace la LO 9/85, de 1 de julio —de reforma del Código Penal—, lo que declaró constitucional la referida sentencia. Con este punto de arranque, la tutela de ese bien jurídico protegido —la vida del *nasciturus* o “producto de la concepción”— experimentó una relevante modulación.

¹ Cf. Disposición Derogatoria Única 1.a) del Código penal aprobado por la LO 10/95, de 23 de noviembre.

² SsTC 53/85, 120/1990, FJ 8.

El siguiente paso fue la aparición en escena del distingo entre embrión y preembrión en la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida respecto de la cual la doctrina de la STC 53/85 representa un paso más. La Ley 35/88 parcela la vida del *nasciturus* en tres compartimentos: preembrión, embrión y feto. Entiende por preembrión el «grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde» (Exposición de Motivos, II); por embrión se entiende «tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos y cuya duración es de dos meses y medio más». Finalmente se entiende por feto la «fase más avanzada del desarrollo embriológico [...] el embrión con apariencia humana y sus órganos formados», todo lo cual permite al legislador una clasificación y graduación a efectos de protección jurídica.

La Ley 14/07 sigue con esos distinguos y para el preembrión mantiene la anterior definición, si bien añade que es «el embrión constituido *in vitro*»; embrión es la «fase del desarrollo embrionario que abarca desde el momento en el que el ovocito fecundado se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis y finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener» y feto es ya el «embrión con apariencia humana y con sus órganos formados, que va madurando desde los 57 días a partir de la fecundación, exceptuando del cómputo aquellos días en los que el desarrollo se hubiera podido detener, hasta el momento del parto»³.

El por qué de esa parcelación y en especial la frontera de los catorce días, es algo que se antoja arbitrario y suscita la idea de que los límites más que científicos son o ideológicos o, al menos, responden a un interés lucrativo máxime si se tienen presentes todas las consecuencias a que conducen esas fronteras. Pues bien, si el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida sino un bien jurídico digno de alguna protección, el valor de la vida de ese ser humano en gestación depende de cada estadio de evolución. Ya hemos visto cual es a estos efectos el «estatuto» del feto, respecto del cual la suerte del embrión es más problemática y el nivel de protección desciende aun más con el preembrión.

Entiende así el Constitucional que respecto del preembrión no pueden deducirse actos contrarios a la dignidad de la persona humana, por

³ Cf artículo 3, s), l), y n), respectivamente.

lo tanto, que deban implantarse varios preembriones, que algunos se pierdan o que los sobrantes sean crioconservados (congelados) o que después del plazo de congelación sean cedidos para la investigación, luego para su destrucción, son consecuencias de los principios de «manipulación» o «intervención mínima»; empleando expresiones del Tribunal Constitucional, algo necesario con «arreglo a los conocimientos biomédicos actuales», una «inevitable consecuencia» de la técnica empleada, un «hecho científicamente inevitable». En definitiva, esa realidad es hoy por hoy científicamente insoslayable, es el tributo que hay que pagar para satisfacer una alta demanda social, concretada bien sea en la necesidad de obtener descendencia, bien en la promesa de inminentes avances contra enfermedades actualmente incurables. Aparentemente parece tratarse de un implacable juicio de ponderación coste/beneficio, pero con un serio matiz: se da por sentado el beneficio sin que se reconozca que hay un coste.

Desde la lógica del razonamiento jurídico quizás tal doctrina jurisprudencial no es objetable. Al fin y al cabo aplica otra doctrina anterior, la lleva a sus consecuencias lógicas, parte de la interpretación de los preceptos impugnados y respeta la opción política que hay tras la ley, opción que en este caso parte o se basa en otra previa: una opción científica. Y este extremo es uno de los puntos cruciales del juicio de constitucionalidad. La ley, cuya constitucionalidad juzga el Tribunal, toma partido por unas concepciones científicas⁴ que son dejadas al margen del juicio de constitucionalidad: como digo, la opción política es aquí una opción científica, en cuanto tal injuridificable luego inconstitucionalizable y, por tanto, incontrolable. Sí que hay una juridificación en cuanto que se parte de la premisa de que la vida del *nasciturus* —como preembrión, embrión y feto— es un bien jurídico constitucionalmente protegido, pues la vida ex artículo 15 lo es; aquí no estamos ante algo subjetivo, ante la vida de «alguien» o de «todos», sino ante algo objetivo: la vida en gestación, la vida como devenir —según la expresión de la STC 53/85— que merece ser protegida pero en función del contenido biológico que se da a cada fase en que se compartimenta, lo que se corresponde con unas previsiones concretas de protección.

⁴ Ejemplo palmario de este tipo de opciones es la Ley andaluza 1/2007, de 16 de marzo, referida a la reprogramación celular, cuya Exposición de Motivos (§ II) da por sentado que «el conocimiento científico disponible en el momento actual demuestra que las células madre embrionarias tienen mayor capacidad de proliferación y diferenciación que las células madre adultas, lo que justifica que las investigaciones no queden limitadas a las células madre adultas». Se trata de un parecer alto discutible, pero con la particularidad de que no se plasma en una ponencia congresual ni en una revista científica, sino en una norma.

Llegados a este punto habría que parar y plantearse lo siguiente: si el Tribunal Constitucional hubiera rechazado la opinión científica de la ley ¿habría hecho un juicio de oportunidad?, ¿habría sustituido la voluntad del legislador?; o, antes, ¿debería haber recabado pareceres de expertos? Ciertamente el procedimiento de recurso de inconstitucionalidad concibe el juicio de constitucionalidad como un recurso objetivo y formal a la ley, no se trata de un juicio sobre hechos ni un juicio en el que deben valorarse otros extremos sino la propia norma juzgada y su contraste con la doctrina preexistente o la que pueda deducirse de la interpretación del texto constitucional. Esos debates los hubo y en sede parlamentaria, luego a efectos jurídicos, en un lugar en principio idóneo; pero no me refiero al debate parlamentario propiamente dicho celebrado en el procedimiento de aprobación de la norma, sino a la Comisión que en su día se constituyó para debatir tales extremos. Cosa distinta es el mayor acierto en los intervinientes o el sentir de la mayoría parlamentaria.

¿Lo dicho significa que no es posible un cambio de doctrina constitucional? Toda doctrina jurisprudencial es susceptible de cambio, también la constitucional, pero la cuestión ahora son las bases del cambio. Sobre lo que es la base de las técnicas de reproducción asistida entiendo que, por ahora, poco cambio se atisba. La mentalidad reinante no parece dispuesta a rechazar esas técnicas, bien puede decirse que hay ya una suerte de referéndum implícito desde luego en cuanto a su aceptación y silencio en cuanto a las consecuencias que implica. El cambio más que del Tribunal Constitucional habría que esperararlo del legislador. La Ley 45/03 intentó racionalizar lo que había degenerado en un problema sin salida legal —qué hacer con los miles de embriones humanos congelados existentes y cómo evitar su proliferación futura—, pero tras la derogación de ambos textos por la Ley 14/06 parece que se ahonda en las consecuencias de aquella opción político-científica en que se basó la Ley 35/88.

Es así positivo que la Ley 45/03 limitase el número de embriones implantados para evitar la actual masa de “sobrantes”; que responsabilizase a los progenitores de la realidad de una vida humana que han generado y sobre la que deben decidir; y otro tanto cabe decir con que la única salida que se diese a esos “sobrantes” fuese la donación para su gestación, es decir, la “adopción de embriones”, solución acorde con su vocación para la vida. Aun así esa norma también tenía serias sombras pues el problema de derecho transitorio de qué hacer con los miles de embriones congelados permanece y volverá a acentuarse tras el “frenazo”, marcha atrás y acelerón brusco que, en dirección contraria, implica la Ley 14/06. Nos movemos bajo mínimos morales y en el territorio del “mal menor”, pero aun así cabría avanzar un poco

más para que no se perpetúen males preexistentes. Es el caso, por ejemplo, de los no donados o cómo se van a “descongelar” y destinar a la investigación. Esto implica su muerte y no es lo mismo obtener esas células con embriones que han muerto naturalmente que destruirlos para tal fin. Es la diferencia entre matar y dejar que la naturaleza siga su curso, tal y como ocurre con los enfermos terminales. En todo caso y con carácter previo, debería ser también la donación —por los progenitores o por el Centro— la única alternativa para los hoy congelados y dejar para la investigación a los que de forma natural no sobrevivan.

En definitiva, tanto la Ley 14/06 como la Ley 14/07 y su correlativa reforma del Código Penal, llevan las concepciones sobre la vida embrionaria a su lógico devenir. Abierto el portillo en la STC 53/85, desarrollado en las SsTC 212/96 y 116/99 a propósito esta de la Ley 35/88, todo lo demás viene por añadidura. Si el preembrión es algo del que no se de predica consecuencia directa del artículo 15 de la Constitución y la protección hasta ahora prestada se centraba en algunas limitaciones en cuanto a los fines de las intervenciones sobre embriones, nada impide acudir a las técnicas de reproducción asistida no con fines de procreación, sino para la selección embrionaria que permita gestar “bebés medicamento” tal y como prevé el artículo 12.2 de la Ley 14/06 o ¿por qué limitar la donación para la investigación a los actualmente sobrantes criopreservados y no donar de forma generalizada para ese fin desde el primer momento?

Pues bien, la posibilidad de que se empleen esas técnicas de reproducción humana asistida con fines distintos de la reproducción, es algo ya posible. El hecho de que la Ley 35/88 autorizase, con los debidos controles, el empleo de estas técnicas para fines diversos a la reproducción humana, no era obstáculo para que prohibiera al mismo tiempo y de forma categórica que la fecundación del óvulo humano pudiera responder inicialmente a cualquier fin distinto a la procreación humana (artículo 3). El incumplimiento de esa prohibición tipificándola como infracción administrativa [artículo 20.2, B), a)], pasaría a ser delito en el Código Penal al incorporar este supuesto al artículo 161.1 suprimiendo su primera tipificación administrativa mediante previsión expresa contenida su Disposición Final tercera.

La Ley 14/06 al derogar la Ley 45/03 no establece límites al fecundar de óvulos, pues el límite de tres se refiere al número de óvulos fecundados que se transfieren en cada ciclo. De esta forma hay que concluir que el fin de los embriones no transferidos será la investigación. Como complemento de lo dicho, el Proyecto de reforma del Código Penal deja sin protección penal la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana al reformar el

actual artículo 161.1 que castiga a «...quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana» de forma que al proyectarse la refundición de los actuales artículos 160 y 161, el nuevo artículo 160.2 resultante castiga a «...quienes practiquen técnicas de clonación en seres humanos con fines distintos de la reproducción», lo que guarda coherencia con la posibilidad de autorizar la fecundación con fines al permitir experimentales el artículo 34.1 de la Ley 14/07 «la investigación o experimentación con... preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida...».

¿Es esto compatible con la doctrina constitucional? El Tribunal Constitucional había respaldado la Ley 35/88 sobre el presupuesto de no diferenciar entre embriones viables y no viables y al permitir la experimentación con los no viables era lo que daba pie al Tribunal Constitucional para poder afirmar que no se vulneraban las exigencias de protección de la vida humana. Entendía el Tribunal que en ningún caso la Ley 35/88 permitía la experimentación con preembriones viables —simplemente “sobrantes”—, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención y añadía que esta «apreciación es fundamental en orden a examinar la conformidad de este sistema de requisitos a las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del artículo 15 CE»⁵. De la citada doctrina constitucional se desprende que una regulación que admita la experimentación o la clonación —creación para destrucción— de embriones viables infringe «las exigencias de protección jurídico-constitucional que se derivan del art. 15 CE». Sólo respecto de los embriones no viables el Tribunal dota de preferencia a la libertad de investigación [artículo 20.1.d) CE] y al fomento de la ciencia (artículo 44.2 CE).

Como se ha dicho, para el Tribunal Constitucional *nasciturus* no es titular del derecho a la vida ex artículo 15 CE (FJ 5 STC 116/99), lo que no supone ausencia de protección jurídica que puede ser incluso penal. No se trata ahora de adentrarse en algo ajeno a este trabajo y teñido de consideraciones de política criminal como es determinar si la protección jurídica exigible debe ser la penal, pero sí cabe sostener que una regulación congruente con la doctrina constitucional exige que se dispense la debida protección jurídica a la vida embrionaria, de modo que aunque no sea estrictamente exigible el uso de la vía de tutela penal, tampoco es de recibo la total falta de protección.

⁵ FJ 9 STC 116/99; en el mismo sentido, cf FJ 5 STC 216/96.

En el caso del sistema de indicaciones en el delito de aborto, el conflicto de bienes se saldó en 1985 abandonando el sistema de atenuación de la responsabilidad criminal por el de exclusión de esa responsabilidad y eso ha conducido a un panorama que, de hecho, es de aborto libre al amparo de la indicación eugenésica. El mensaje es claro y cala en la mentalidad de las gentes: se da un considerable salto cuando una conducta que era delito —aun saldándose con una responsabilidad sustancialmente inferior— pasa a ser un hecho penalmente irrelevante; por la misma razón, que se excluya en cuanto al estatuto del embrión esa tutela dará lugar a que la tutela como “bien jurídico” de la vida en esa fase del “devenir” que es la vida humana vaya bajando paulatinamente de intensidad hasta llegar a extremos de que la práctica discurrirá por los derroteros de prácticas inconstitucionales asumidas.

2.2. En especial, la clonación terapéutica

Antes de concluir este apartado conviene hacer unas breves consideraciones sobre la llamada clonación terapéutica, aspecto regulado en la Ley 14/07 y que tendrá su reflejo, como ya se ha dicho, en la reforma del actual Código Penal (nuevo artículo 160.2), pendiente en el Congreso de los Diputados. Señala así el artículo 33.2 de la Ley 14/07 que «se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear», precepto que entra en contradicción con el párrafo primero según el cual «se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación».

No obstante la Ley 16/07 ha sido anticipada por la Ley andaluza 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica. Se trata de una norma que emplea unos términos ambiguos —“preembrión somático”, “reprogramación celular por transferencia celular”— que no llegan a eludir lo que en realidad se regula: la llamada clonación terapéutica. Por clonación terapéutica se entiende la práctica experimental sobre el embrión clonado que se destruye una vez obtenido el material genético para la terapia del individuo.

Pues bien, respecto de esta clonación hay recordar los compromisos asumidos por España al ratificar el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las*

aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 —instrumento de ratificación publicado en el BOE de 20 de octubre de 1999—, que proscribe dicha práctica en su artículo 18.2 según el cual y con carácter general «se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación». En la clonación terapéutica el embrión es clonado para la obtención de material genético y su destrucción posterior. Se produce aquí una intervención en el genoma con fines terapéuticos de un tercero cuando la única intervención terapéutica posible es la propia, tal como se desprende del artículo 13 del citado Convenio.

Además el Protocolo Adicional al Convenio, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en diciembre de 1997 y firmado, entre otros por España, el 12 de enero de 1998 (BOE de 1 de marzo de 2001 tras su ratificación en enero de 2000) de manera explícita «prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, ya sea vivo o muerto». A los efectos del Convenio la expresión ser humano “genéticamente idéntico” significa compartir con otro la misma carga nuclear genética.

En el ámbito del Parlamento Europeo se han aprobado las Resoluciones de 13 de marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética; la de 28 de octubre de 1993, sobre la clonación del embrión humano; la de 12 de marzo de 1997 y, fundamentalmente, la de septiembre de 2000 contra la clonación de embriones humanos con fines de investigación. Estas Resoluciones tienen significado político pero no fuerza vinculante para los países miembros.

Todas ellas rechazan la clonación como contraria a la dignidad de la persona humana, pero es especialmente clara la última Resolución y pide a los Estados miembros que introduzcan nuevas sanciones penales que prohíban cualquier tipo de clonación humana y propugna una «prohibición universal y específica al nivel de las Naciones Unidas sobre la clonación de seres humanos en cualquier fase de su formación y desarrollo». La Resolución fue aprobada por 237 votos a favor (grupo popular, verdes, democristianos y Unión por una Europa de las Naciones), 230 en contra (grupo socialista y grupo liberal) y 43 abstenciones. El espíritu de la resolución no se aparta del rechazo tradicional del Parlamento Europeo a la clonación humana, y la razón de que muchos eurodiputados votasen en contra obedeció más que a su contenido —que es claro— a que solicitase al gobierno británico que modificase su intención de autorizar la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos.

En todo caso, los términos de la Resolución son contundentes y así tras recordar que según la Directiva 98/44/CE, en el seno de la «Unión

Europea existe consenso respecto de que la intervención génica germinal en seres humanos y la clonación de seres humanos son contrarias al orden público y a la moralidad», afirma: «G. Considerando que nos encontramos ante una nueva estrategia semántica (distingo entre clonación reproductiva y terapéutica) que intenta debilitar el significado moral de la clonación humana, H. Considerando que no existe ninguna diferencia entre la clonación con fines terapéuticos y la clonación con fines reproductivos, y que cualquier flexibilización de la prohibición vigente originará presiones para poder seguir desarrollando la producción y la utilización de embriones, I. Considerando que el Parlamento Europeo define la clonación humana como la creación de embriones humanos con un patrimonio genético idéntico al de otro ser humano, vivo o muerto, en cualquier fase de su desarrollo sin distinción posible en cuanto al método practicado», concluye diciendo que «2. Considera que la “clonación terapéutica”, que conlleva la creación de embriones humanos con fines exclusivos de investigación, plantea un profundo dilema moral, supone traspasar de forma irreversible una frontera en las normas de investigación y es contraria a la política pública aprobada por la Unión Europea».

Por su parte, la UNESCO en La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada en la Conferencia General de 11 de noviembre de 1997 y refrendada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1998, declara en el artículo 11 la clonación con fines de reproducción contraria a la dignidad humana, debiendo destacarse lo antes dicho sobre la inexistencia de diferencia entre las técnicas de clonación terapéutica y reproductiva.

Por otra parte, en el estado actual de la ciencia no existe, en puridad, clonación terapéutica, todo lo más cabría hablar de clonación con fines de investigación, no autorizada por la Ley 16/04 que impone condiciones restrictivas para la investigación con embriones de hasta catorce días [artículos 11.4.b) y 15], exigiendo que se trate de “preembriones sobrantes” de los procedimientos de reproducción asistida, circunstancia que no se da en el embrión clonado.

En el ámbito del Derecho comparado es ilustrativa la Ley de 13 de diciembre de 1990 sobre Protección de Embriones, de la República Federal Alemana, que prohíbe expresamente la clonación y protege al embrión de una manera global, sin hacer el distingo artificioso frente al llamado pre-embrión, que sí se encuentra en la legislación española. Se equipara la célula totipotente al embrión y se castiga la fecundación artificial de un óvulo con cualquier finalidad distinta del embarazo de la mujer de la que procede el óvulo. Igualmente prohíbe de modo absoluto la clonación estableciendo penas privativas de

libertad para «quien artificialmente hace surgir un embrión humano con la misma información hereditaria que otro embrión, un feto, una persona humana o un muerto».

El texto hasta ahora más permisivo se encuentra en el Reino Unido Reforma de la Ley de Fertilización de 1990, de 2001 que combina la prohibición de la clonación reproductiva con la autorización de la clonación con la finalidad de obtener embriones para la investigación. De esa forma el Reino Unido autoriza la clonación por transferencia nuclear con la finalidad de obtener células madre de los embriones clónicos.

En Italia, la Ley de Fecundación Asistida, prohíbe la experimentación con embriones humanos; limita la creación de embriones: sólo aquellos que estén destinados a su inmediata implantación, de manera que no resten nunca embriones preimplantatorios sobrantes. La clonación se castiga con penas de hasta veinte años de prisión y establece pena para la gemelación artificial de un embrión. Las referencias que hace al concebido parece que deben interpretarse como comprensivas no sólo del embrión fruto de la fecundación heterosexual, sino también de la célula embrionaria obtenida por enucleación.

Por último, Francia ha aprobado en fechas recientes una legislación que vincula la posibilidad de investigar con embriones procedentes de las técnicas de fecundación asistida al consentimiento de los padres previo al tratamiento de fecundación. La clonación con fines experimentales figuraba en un texto inicial pero desapareció de la ley definitivamente aprobada.

En síntesis, en el panorama del derecho comparado, haciendo salvedad del Reino Unido, existe una muy seria prevención hacia la clonación, en este caso llamada terapéutica, por lo que la orientación que adopta nuestra legislación, tanto la vigente como en Proyecto, plantea serias dudas sobre su admisibilidad, al introducir la suficiente dosis de ambigüedad en las prescripciones penales acerca de la perseguibilidad de la mal llamada clonación terapéutica.

En realidad, el Proyecto de reforma del Código Penal más que ambiguo resulta contradictorio, pues no acaba de entenderse que no se modifique el párrafo 3 del artículo 160, que parece castigar todo tipo de clonación. La doctrina siempre entendió que el 160.3 del Código se refería a toda clase de clonación, de tal modo que existe un defecto técnico importante: se sanciona la clonación con fines reproductivos en el párrafo segundo y todo tipo de clonación en el párrafo tercero. A no ser que se pretenda que la referencia a «la creación de seres humanos idénticos por clonación» que recoge el artículo 160.3 se conciba como uno de los «procedimientos dirigidos a la selección de la raza» que también se persiguen en la misma norma, vinculando

finalísticamente la clonación prohibida con aquella que persiga una mejora de la raza humana (eugenesia), dejando en el limbo jurídico —no incriminación— la clonación terapéutica por no tener ni una finalidad reproductiva —no se trata de desarrollar el embrión hasta que alcance vida independiente— ni eugenesica.

3. PROTECCIÓN AL FINAL DE LA VIDA

El marco normativo viene dado tanto por el Código Penal al tipificar el auxilio e inducción al suicidio (artículo 143.4) y la omisión del deber de socorro 196) y fuera de la norma penal hay tenemos la ya citada Ley 41/02. Omito las diferentes normas autonómicas que han regulado esta materia.

De entre los aspectos que ahora interesan hay que centrarse en el alcance que deba darse al respeto a la autonomía el paciente para rechazar un determinado tratamiento que le es propuesto, lo que pudiera traducirse en su fallecimiento. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la disponibilidad de la propia vida aparece condensada en la STC 120/90 —referida a la alimentación forzosa en caso de huelga de hambre— de la que se desprende que el derecho fundamental a la vida exige de los poderes públicos el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger el bien vida frente a los ataques de terceros, sin contar con la voluntad de su titular e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho.

A partir de tal punto de arranque se deja claro que «el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte». Esto no impide reconocer que la persona, en ejercicio de su libertad, pueda de hecho «disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del "agere licere", en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga —alimentación forzosa— a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho».

De esta manera «la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica», de manera que la decisión de asumir el riesgo de morir es un acto de voluntad que sólo afecta al que la toma, «en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro

impedimento a la realización de esa voluntad», lo que es distinto de quine está sujeto a una relación de sujeción especial como es el caso del presidiario. Posteriormente la STC 154/02, referida a un menor, Testigo de Jehová— precisará que «la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser».

Partiendo de estas premisas, la Ley 41/02 fija como punto de arranque el pleno respeto a la autonomía del paciente, lo que se basa en su dignidad como persona (artículo 2.1) e implica que toda actuación sanitaria requiera con carácter general el previo consentimiento del paciente, consecuencia de lo cual es que «el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» (artículo 2.3) y, por tanto, ese paciente «tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito» (artículo 2.4).

En conflicto puede surgir al determinar hasta qué punto vincula la voluntad del paciente, sobre todo cuando se tienen dudas acerca de si está realmente en la plenitud de sus facultades. En todo caso debe tenerse presente que hay una serie de casos en los que puede prescindirse de su consentimiento, lo que ocurrirá en el caso de intervenciones clínicas indispensables como es, por ejemplo, si hay grave riesgo para la salud pública o si hay grave riesgo para la salud física o psíquica del paciente. A estos efectos por “grave riesgo” se entiende si pueden sobrevenir lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento (así lo decía la Ley General de Sanidad de 1986 y ese riesgo debe ser inmediato (es lo que prevé la normativa de Cataluña y Navarra) o tratarse de «situaciones de riesgo vital», como señala la de Madrid.

En este ámbito el límite entre lo permitido y lo ilícito es sutil, pues si bien en la normativa expuesta se parte del respeto a la autonomía del paciente, lo que supone respetar su libertad a la hora de iniciar o no, seguir o no un tratamiento necesario, el artículo 143.4 del Código Penal castiga al «que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar...». Más intensa y clara es la criminalidad que prevé el delito de omisión del deber de socorro profesional previsto en el artículo 196 y que no se abordará.

Este artículo 143.4 parece entrar en contradicción con las consecuencias deducibles de la Ley 41/02, de ahí que sea preciso matizar.

Por lo pronto lo lícito al amparo de esta norma será no iniciar o poner fin a un tratamiento a un enfermo una vez constatada la plena capacidad y libertad. Estaríamos ante ese *agere licere* a que se refiere el Tribunal Constitucional. Por contra en el tipo penal privilegiado que se cita es delito que el facultativo directamente le cause la muerte a demanda o coopera necesariamente, por ejemplo, dejando de suministrar fármacos, desconectando al enfermo aun coincidiendo con los supuestos de licitud de la Ley 41/02 el hecho de que en el tipo penal se prevea que medie una petición expresa e inequívoca del paciente y que se esté ante enfermedades que conducen necesariamente a la muerte o se sufren padecimientos permanentes o insostenibles.

Podría decirse que se trata de matices basados en algo tan débil como la motivación: tendrá relevancia penal si ese auxilio concurre respecto de una motivación suicida en el paciente, tanto respecto de enfermedades graves e incurables como si se trata de minusvalías. Para la Ley 41/02, el espacio de lo lícito parece deducirse que se produciría *ab initio*. De esta manera, será lícito que, tras una información adecuada, completa y proporcionada, el paciente decida no iniciar un tratamiento por su penosidad objetiva o desproporcionada o si el padecimiento necesariamente conducirá a la muerte. Aquí no participaría el facultativo con acciones intencionadas inspiradas en el ánimo de ayudarle en sus intenciones suicidas y, cosa diferente, es que durante ese periodo se le administren fármacos para aliviar el dolor. Más problemático es que el paciente decida interrumpir un tratamiento, en cuyo caso y respecto del facultativo habrá que barajar una pluralidad de supuestos para calibrar su actividad pues no es lo mismo dar el alta, incluso con salida de un centro hospitalario, que realizar actos directos y necesarios como podría ser una desconexión, procurar la muerte.

Por otro lado los llamados documentos de voluntades anticipadas presentan problemas propios, si bien de mediar una voluntad expresa que reúna todos los requisitos y concurren en ella todas las circunstancias para darle el oportuno valor —lo que no es sencillo— los problemas será semejantes.

Se trata, en todo caso, de aspectos en donde no cabe apreciar ni una desprotección jurídica ni tajante ni sutil de la vida humana terminal. La protección existe, si bien y dependiendo de matices la calificación del acto —o la omisión— puede deslizarse de lo atípico a lo delictivo, todo lo cual implica que el debate más que penal sea deontológico, ligado conflictos éticos y a la buena praxis médica en relación a cómo se ha valorado la capacidad del paciente, el consentimiento por sustitución, la integración de conceptos indeterminados como es la soportabilidad del padecimiento, proporción o desproporción de los medios empleados, la idea de “penosidad” asociada a los anteriores

aspectos, determinar cuando se está ante un padecimiento irreversible del que conducirá a la muerte, etc.

4. CONCLUSIONES

La bondad de la tarea del jurista, del intérprete del Derecho, se mide no sólo por el contenido en sí de las construcciones y razonamientos hechos desde la dogmática y lógica jurídica, sino por su capacidad para calibrar el alcance de sus decisiones y de la doctrina en que las fundamenta. De ser un juez, es imprescindible que cuente con esa cualidad pues si la función de la jurisprudencia, dicho en términos generales y no procesales, es ser el complemento indispensable del legislador al concretar *ad casu* las previsiones generales y abstractas de la ley, al actuar la ley en cada supuesto debe ser consciente de que está también construyendo y ordenando la convivencia.

La realidad es dura por cuanto el valor jurídico de la vida del *nasciturus* está bajo mínimos. Desde que hace veintidós años se despenalizó en tres supuestos el delito de aborto mediante el sistema de indicaciones (terapéutica, eugenésica y ética) y el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de esa norma, la realidad es que para el año 2007 y al cabo de estos años, se superará el millón de abortos provocados, la inmensa mayoría al amparo de la indicación terapéutica. La última estadística oficial no admite dudas: frente a los 17.000 abortos no punibles en 1987, en 2004 se superaron los 84.000. Salvo que haya un ejército de mujeres víctimas de graves patologías psíquicas o España se haya convertido en un centro de "turismo abortivo" —lo que no es una hipótesis—, bien puede decirse que la vida del *nasciturus* se ha trivializado; hoy y ahora hay aborto libre, no gratuito, porque para eso es un negocio y España se ha convertido en centro de atracción para aquellas extranjeras que quieran zafarse de los límites impuestos por su legislación nacional a la hora de abortar. Se ha consolidado un estado de impunidad.

La realidad es también que por medio de la píldora "del día después", la legalidad de esas interrupciones queda sin control a efectos penales y las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a una suerte de aborto *light* o bien a prácticas incompatibles con la dignidad de la vida como es la crioconservación y destrucción de los sobrantes una vez descongelados por ser tenidos *ex lege* como inviábiles y, a partir de ahora, la experimentación con preembriones sobrantes más la clonación terapéutica.

Añádase a lo dicho —y como soporte de estas prácticas— la mentalidad reinante que, comprensiblemente, rechaza la infertilidad y ha

creado un presunto 'derecho a la descendencia' por encima de las trabas físicas. Ante la posibilidad científica de satisfacerlo, admite y justifica un proceso —la fecundación asistida— que provoca una serie de objeciones morales que exigen finura para captarlas y fortaleza para asumirlas. Esto quizás sea lo que explique que personas contrarias al aborto no planteen objeciones a la fecundación asistida, o asuman que queden descendientes suyos, embriones congelados sobrantes de esas técnicas a las que se sometieron, abandonados en una 'tierra de nadie' incompatible con el respeto a la dignidad humana.

Hay otro condicionante no menos poderoso. Según el utilitarismo científico, si esos embriones no sirven para la reproducción, declarémoslos no viables e investiguemos con sus células madre que encierran posibilidades nunca vistas en la lucha contra el alzheimer, la diabetes, parkinson, etc. La materia prima parece abundante al tiempo que prometedor el mercado de patentes que se avista. Se explica así que haya laboratorios que sostengan las campañas de algunos 'popes' de la reproducción asistida, se ilusione a colectivos de enfermos, se soslaye que esas maravillas científicas no dejan de ser hoy meros deseos o que la investigación con células madres adultas encierra iguales o mayores posibilidades. Y todo esto adobado con ciertas dosis de la soberbia científica propia de quienes, con miopía, sólo ven la vida a través de su microscopio.

Con estas premisas, la fecundación artificial o asistida ya ha sobrepasado su objetivo inicial —procurar descendencia a parejas estériles— para dirigirse a otros objetivos como la selección embrionaria o, una vez quitada la máscara, la generación de materia prima destinada a la experimentación. En todo caso parece un camino sin retorno al que la sociedad no quiere renunciar. Por esa razón era elogiable —moviéndonos siempre en un terreno de mínimos— que dentro de ese ambiente la Ley 45/03 quisiese poner cierto orden, dignificar el estatus de los futuros embriones y buscar salida a los ya congelados, si bien los problemas de base quedaban en muy buena medida intactos.

Suele decirse que la ley va detrás de la realidad, lo que es cierto, pero en parte. Añádase que lo propio de la jurisprudencia —máxime la constitucional— no es oponerse a la voluntad del legislador y sus opciones. El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, por encima de la cual no hay ya límite y el alcance de ese máximo límite normativo —la Constitución— es fijado por él, luego tiene que hacer necesaria labor de autocontención; la experiencia demuestra que cuando quiere la hace y cuando no, se excede. También he hablado de opciones de política legislativa basadas en opciones científicas, pero cabe dar un paso más: hay opciones científicas amparadas en la mentalidad reinante. Mientras que las concepciones

sobre la vida embrionaria estén presididas por el utilitarismo ya sea científico o dictados sentimentales, poco cambio legal cabe esperar y, por tanto, no cabe esperar cambio alguno en la doctrina del Tribunal Constitucional.

Nuestro ordenamiento jurídico —del mismo modo que el de otros países— presenta una carencia gravísima pues parece que ha olvidado las bases y el alcance de la noción integral, sustancial, de persona. Los accidentes —tamaño, apariencia— se han comido a la sustancia, todo lo cual urge y llama a un esfuerzo multidisciplinar para restaurar esa noción; sólo así cabe esperar una legislación basada en dignidad de la persona.

LA CESIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

POR
M^ª DEL MAR DE LA PEÑA AMORÓS
PROFESORA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
UNIVERSIDAD DE MURCIA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COMPETENCIAS NORMATIVAS CEDIDAS A LAS COMUNIDADES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID. 2.1. Análisis general sobre las competencias normativas que se ceden. 2.2. Ejercicio de las citadas competencias por la Comunidad de Madrid. 3. LA CESIÓN DE COMPETENCIA DE GESTIÓN. 3.1. La delegación de competencias de gestión, frente a la cesión del resto de competencias. 3.2. Alcance de las competencias de gestión. 3.3. La gestión del Impuesto sobre el Patrimonio: Especialidades. 4. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO. 4.1. Residencia habitual en la Comunidad Autónoma. 4.1.1. Generalidades. 4.1.2. Criterios utilizados. 4.1.2.1. Criterio de permanencia. 4.1.2.2. Criterio del centro de intereses. 4.1.2.3. La cláusula de cierre. 4.1.2.4. Otros criterios. 4.2. La residencia habitual como punto de conexión del Impuesto sobre el Patrimonio.

1. INTRODUCCIÓN

Entre los tributos del Estado cedidos a las Comunidades Autónomas recoge el artículo 17, de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, al Impuesto sobre el Patrimonio. En relación con este impuesto la Comunidad de Madrid ha señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, su “intención de minorar la presión del patrimonio de los madrileños en consonancia con el carácter extraordinario del tributo y con la regulación llevada a cabo en los últimos años en otros países de nuestro entorno”. El hecho de que sea esta Comunidad la primera que se plantea esta minoración, y una posible supresión futura es lo que nos ha inclinado a dedicar este trabajo a analizar la cesión del Impuesto sobre el Patrimonio a la Comunidad de Madrid.

Dado que desde el punto de vista de la cesión de la recaudación no se plantea problema alguno, pues nos encontramos con un cesión total del rendimiento, tanto desde el punto de vista de los hechos imponibles que se ceden, como desde el punto de vista de la recaudación, nos centraremos en el análisis de aquellos aspectos que consideramos más interesantes en relación con la cesión de este impuesto, y que son: en primer lugar, el análisis de las competencias normativas

que se ceden y el ejercicio concreto que en relación con las mismas ha hecho la Comunidad de Madrid; y en segundo término, las particularidades que la cesión de la gestión plantea en este impuesto.

Finalmente, y dadas las diferencias que la normativa autonómica de la Comunidad de Madrid presenta respecto de las restantes normativas comunitarias dedicaremos un último apartado al análisis de la residencia habitual, que es el punto de conexión señalado por el legislador para determinar la Comunidad competente sobre el Impuesto sobre el Patrimonio.

2. COMPETENCIAS NORMATIVAS CEDIDAS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO: ESPECIAL REFERENCIA A LA COMUNIDAD DE MADRID

2.1. Análisis general sobre las competencias normativas que se ceden

El artículo 39 de la Ley 21/2001, es el que señala los elementos susceptibles de regulación por parte de las Comunidades Autónomas y que son: el mínimo exento, el tipo de gravamen y las deducciones y bonificaciones de la cuota. De esta enumeración se deduce, que tal y como sucede con la gran mayoría de los impuestos cedidos, la regulación autonómica se va a centrar básicamente en los elementos cuantificadores del tributo.

El primero en torno al cual pueden ejercer las Comunidades Autónomas sus competencias normativas es el mínimo exento, sin estar sometida la regulación del mismo a límite alguno. Así destaca CENCERRADO MILLÁN¹, que corresponderá a la Comunidad Autónoma determinar que parte del patrimonio no debe ser objeto de gravamen, por no manifestar la suficiente entidad para contribuir, gozando en este caso de un absoluta discrecionalidad, pues sólo está sometido a un límite, que es común con el legislador estatal, en virtud del cual, no se puede fijar un mínimo exento que razonablemente pueda ser juzgado como meramente simbólico².

¹ CENCERRADO MILLÁN, E. *El mínimo exento. En el sistema tributario español*. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 226.

² Es difícil determinar cuál debe ser la cuantía del mínimo exento, pues su fijación depende de los elementos que para la concreción del mismo se tengan presentes. Sin embargo, tal y como señala HERRERA MOLINA ("Una decisión audaz del Tribunal Constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos". *Impuestos*, núm. 14, 1996, p. 81) el Tribunal Constitucional alemán (en su

A pesar de no existir una limitación expresa, opina RAMOS PRIETO³ que sí que hay un condicionante que deriva de la propia lógica del precepto, y según el cual, el mínimo exento será único e idéntico para todos los contribuyentes, pues de no ser así se desvirtuaría el tratamiento unitario y objetivo que dispensa la legislación estatal.

Sin embargo, y a pesar de esas posibles limitaciones que tienen presente la propia razón de ser del mínimo exento, en el momento de ceder competencias en torno al mismo no se establece límite alguno. De este modo podemos entender, que las Comunidades Autónomas respetando los principios constitucionales podrán aumentar o disminuir el mencionado mínimo en la cantidad que estimen oportuna.

A la vista de lo anterior, nos preguntamos, si existe algún motivo que impida que las Comunidades Autónomas puedan tener presentes circunstancias personales o familiares en el momento de ejercer sus competencias, o lo que es lo mismo, si pueden actuar de igual forma que en la fijación del mínimo vital del IRPF, cuya cuantía se modula atendiendo a circunstancias personales y familiares del sujeto.

En torno a esta cuestión no existe unanimidad en la doctrina. De un lado están aquellos que consideran que de permitirse esta modulación se estaría en contra del carácter objetivo del impuesto⁴. Sin

Sentencia de 22 de junio de 1995) se ha atrevido a fijar un límite inferior al mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio alemán, de modo que equivalga al menos al valor de la vivienda familiar media, e incluso ha llegado a sostener que el Impuesto sobre el Patrimonio ha de respetar también la protección al matrimonio y la familia, de modo que en caso de matrimonio cada uno de los cónyuges debe poder disfrutar de la totalidad del mínimo exento equivalente al valor de una vivienda familiar media, o de una cifra superiores el caso de que tengan hijos a su cargo.

Debemos tener presente que a pesar de que no existe expresamente fijación del mínimo exento, si que en nuestro país nunca se tributará por el valor de la vivienda familiar, si bien esta ausencia de tributación se ha articulado no a través del mínimo exento, sino por el establecimiento de una exención por la vivienda habitual, siempre que el valor de la misma no supere los 150.253,03 €. Del mismo modo también se protege al matrimonio desde el momento en que la declaración del Impuesto sobre el Patrimonio será siempre individual, teniendo por tanto ambos cónyuges derecho al mínimo exento y a la exención analizada.

³ RAMOS PRIETO, J. *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas*. Comares, Granada, 2001, p. 509.

⁴ NÚÑEZ GRANÓN (*Las desigualdades tributarias por razones de familia y de residencia*. IEF- Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 262 y 263) establece tres razones que impiden subjetivizar el impuesto y que son las siguientes:

1º La finalidad de la Ley de Cesión es atribuir competencias a las Comunidades Autónomas para aumentar o disminuir su cuantía, pero sin establecer distinciones en razón de la situación familiar del sujeto pasivo.

2º La introducción de estas diferencias determinaría que la naturaleza del impuesto se viera afectada, perdiendo el carácter objetivo que posee en la actualidad, adquiriendo unos matices claramente diferenciadores en relación con el impuesto estatal que, en nuestra opinión, excede de las facultades que la Ley de Cesión atribuye al legislador autonómico.

embargo ese carácter objetivo, no lo comparten otros autores⁵ que vislumbran en el mismo ciertas dosis de subjetivización. Así, entre otras podemos señalar, que en primer término, se aprecia que la reducción de la base se produciría únicamente en el caso de sujetos pasivos por obligación personal, además existen otras cuestiones como la exención a favor del ajuar doméstico, o de la vivienda habitual hasta 150.253,03 que enturbian el carácter claramente objetivo, que según algunos tiene este impuesto.

Ahora bien, así como encontramos dudas acerca de que el mínimo exento se pueda modular por las circunstancias personales y familiares, lo que es claro es que dicho mínimo ha sido establecido linealmente por la legislación estatal. De esta forma, va a ser este carácter lineal el que impida que el legislador autonómico pueda establecer distintos mínimos, pues se resquebrajaría de este modo una de las características de las que el mínimo exento del Impuesto sobre el Patrimonio goza en la legislación estatal.

Por tanto, y atendiendo a los razonamientos antes formulados, creemos que el legislador autonómico únicamente puede aumentar o disminuir la cuantía del mínimo exento. Tal modificación, si bien la ley no lo expresa en ningún caso, debería estar fundamentada en circunstancias concurrentes en la propia Comunidad Autónoma, y que hagan necesaria dicha diversificación respecto de la cuantía que con carácter supletorio se establece por la normativa estatal.

El segundo de los elementos en torno al cual pueden ejercer competencias normativas las Comunidades Autónomas, es la tarifa del impuesto. En un primer momento, se consideraba oportuno por el legislador someter dicha aprobación al cumplimiento de una serie de requisitos tales como, la identidad del primer tramo de base liquidable y el tipo marginal mínimo, así como que la tarifa aprobada debería ser de una progresividad similar a la del estado.

En torno a estos requisitos se vertieron un gran número de críticas, considerando en muchas ocasiones lo absurdo de los mismos. En cuanto a la identidad del primer tramo de base liquidable y del tipo marginal mínimo, se señala que el objetivo a lograr con esta limitación, que no es otro que la fijación de un mínimo de tributación, es

³ De admitirse esta posibilidad se generaría una diferencia de trato con base en la residencia cuya compatibilidad con el principio de igualdad sería muy dudosa, ya que en un mismo impuesto, para cuantificar la carga tributaria, en unas Comunidades se atendería a la situación familiar del sujeto, mientras en otras estas circunstancias serían irrelevantes.

⁵ RAMOS PRIETO, J. La cesión de impuestos del Estado a las.... Cit, p. 510.

fácilmente violable desde el momento que el legislador autonómico puede modificar libremente el mínimo exento⁶.

En cuanto a la necesidad de establecer una progresividad similar, también se pueden plantear dudas, en primer término por lo ambigüo del precepto, razón por la cual se ha de cuestionar, antes de nada, que es lo que el legislador ha querido señalar con el mismo⁷. Y en segundo lugar, porque, tal y como destaca LAGO MONTERO⁸, este mandato casa mal con la potestad que tienen las Comunidades Autónomas para establecer recargos, a través de los que fácilmente se podría modificar la progresividad del impuesto.

Esta situación llevó a la Comisión de Expertos⁹ a afirmar que una de las medidas a tomar en relación con el Impuesto sobre el Patrimonio será "suprimir las limitaciones que la vigente ley de cesión impone a las Comunidades Autónomas en orden a regular la tarifa del impuesto, dejándoles margen para establecer la escala progresiva que tengan por conveniente"¹⁰.

Con base en todo lo anterior, el sistema de financiación vigente, otorga plenas competencias a la Comunidad Autónoma para la fijación del tipo de gravamen. Ni siquiera se alude a la aprobación de una escala autonómica, sino que se establece expresamente "tipo de gravamen". Esta amplitud de términos, nos puede llevar a cuestionarnos la posibilidad de que la Comunidad Autónoma opte por la fijación de un tipo único, acabando de esta forma con el carácter progresivo del impuesto.

Este hecho, si bien puede llevarse a efecto desde el momento que el legislador no ha reseñado límite alguno, creemos que no es posible desde el punto de vista de los caracteres del impuesto. De actuar de este modo, la Comunidad Autónoma estaría vulnerando el carácter

⁶ Destaca SÁNCHEZ SÁNCHEZ ("La corresponsabilidad en el nuevo acuerdo para la financiación de las Comunidades Autónomas en el quinquenio 1997-2001". *Palau 14*, núm. 27, 1996, pp. 73 y 81) que resulta bastante cuestionable que ese impedimento sirva para garantizar un mínimo de tributación por el Impuesto sobre el Patrimonio uniforme en todo el territorio nacional, ya que el amplísimo grado de libertad de que disponen las Comunidades Autónomas para la fijación del mínimo exento les faculta para exonerar de gravamen a cuantos contribuyentes tengan por conveniente.

⁷ Vid. RAMOS PRIETO, J. La cesión de impuestos del Estado a las.... Cit, pp. 511 y ss.

⁸ LAGO MONTERO, J.M. *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*. Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 180 y 181.

⁹ AAVV. Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica. IEF, Madrid, 2002, p. 32.

¹⁰ Continúa el citado informe señalando que "no parece que tenga sentido obligarlas a asimilar el primer tramo de base liquidable a la escala estatal y el tipo marginal mínimo cuando no se les impone ninguna cortapisa a la hora de fijar el mínimo exento. Y en cuanto a la exigencia de progresividad similar esta ambigua noción podría ser fuente de conflictos interpretativos el día que alguna Comunidad Autónoma acometa una modificación ostensible de la tarifa".

progresivo del que tal impuesto goza, así como el hecho de que el mismo se establezca en función de la capacidad económica del sujeto pasivo¹¹.

El último de los elementos en torno al cual pueden ejercer competencias normativas las Comunidades Autónomas son las deducciones y bonificaciones. Esta opción aparece recogida como una de las posibilidades de ampliación de competencias en el Informe de la Comisión de Expertos¹² en el que se señala que se podría "abrir a las Comunidades Autónomas la vía para regular beneficios fiscales escasamente desarrollados en la normativa estatal del impuesto".

Así, el artículo 39.1c) de la Ley 21/2001 establece, que las Comunidades Autónomas podrán ejercer competencias normativas sobre las deducciones y bonificaciones de la cuota. En dicho ejercicio únicamente estarán sometidas a un límite, pues en ningún caso podrán modificar aquellas deducciones o bonificaciones que aparecen recogidas en la normativa estatal. La virtualidad práctica de esta limitación es reducida, dado el escaso uso que de las deducciones y bonificaciones de la cuota se hace en la normativa estatal de este impuesto, en donde únicamente encontramos una deducción por doble imposición internacional y una bonificación a favor de los bienes situados en Ceuta y Melilla.

Por tanto, la atribución de competencias normativas en torno a estos elementos supone abrir a las Comunidades Autónomas la posibilidad de recorrer un camino aún no andado. Ahora bien, qué tipo de deducciones se podrían establecer por estos entes teniendo presentes las limitaciones que con carácter general se imponen a las normas dictadas por las Comunidades Autónomas.

En primer término podemos cuestionarnos, si es posible el establecimiento de deducciones o bonificaciones en función de las circunstancias personales o familiares que tengan como fin el logro de determinados objetivos extrafiscales tales como, el apoyo o fomento de la familia entre otros. La fijación de este tipo de deducciones supondría, en cierto modo, la subjetivización del impuesto, de forma que las circunstancias personales y familiares se tendrían en cuenta en el momento de determinar la cuota tributaria.

¹¹ Esta fijación de un tipo único tampoco es aceptada por RAMOS PRIETO (*La cesión de impuestos del Estado a las...* Cit, p. 584) quien considera que la misma "no parece congruente con el objetivo de obtención de una mayor justicia redistributiva complementaria de la aportada por el IRPF que la Exposición de Motivos de la Ley 19/1991, de 6 de diciembre, asigna al Impuesto sobre el Patrimonio".

¹² VARIOS: Informe sobre la reforma del sistema de... Cit. p. 32.

Se volvería así, en cierta forma al antiguo Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio, en el que se establecía una reducción de la base imponible en función del número de hijos a cargo del contribuyente.

Sin embargo, a esta actuación se le podría hacer una matización pues ¿no se vulneraría el principio de igualdad que se establece por la Constitución? En relación con esta posible vulneración del principio de igualdad, destaca NÚÑEZ GRANÓN¹³, que sería dudoso desde un punto de vista constitucional que las circunstancias personales y la situación familiar se tenga presente en unas Comunidades y no en otras. Sin embargo, desde el momento en que se conceden competencias normativas a las Comunidades para regular determinados elementos, se asume en parte la existencia de cierta diversidad, por lo que no consideramos que siempre se pueda oponer como argumento la violación del principio de igualdad.

De esta forma pensamos, que las Comunidades Autónomas podrán establecer estas deducciones cuando las circunstancias económicas o sociales de la misma hagan oportuno el uso de este tipo de actuación. Así, v.gr. en Comunidades Autónomas donde la falta de natalidad es alarmante, consideramos que se podrían establecer deducciones que tuvieran como fin el apoyo a la familia.

Al profundizar, en segundo término en aquellas deducciones o bonificaciones que fomentan un determinado tipo de inversión, creemos que las mismas plantearían un buen número de dudas. Así en primer lugar, no se pueden establecer medidas que vulneren la libertad de mercado que se establece por la Constitución, y además, en estos supuestos, cobraría una mayor fuerza la violación del principio de territorialidad recogido en el artículo 157.2 de la Constitución.

No consideramos pues oportuno el establecimiento de este tipo de deducciones, salvo en supuestos en donde esté perfectamente claro la no vulneración de los dos principios antes marcados, supuestos éstos de gran dificultad en cuanto a su configuración.

Finalmente, en relación con el desarrollo de las competencias normativas en torno al Impuesto sobre el Patrimonio podemos preguntarnos, si dicho ejercicio supone, o no, una vulneración del principio de territorialidad que se establece en el artículo 157.2 de la Constitución. Esta cuestión se plantea desde el momento que los sujetos pasivos por obligación personal tributarán por su patrimonio universal, independientemente del lugar en donde el mismo radique,

¹³ NÚÑEZ GRANÓN, M. Las desigualdades tributarias por razones de familia... Cit., pp. 262 y 263.

pudiendo por tanto el establecimiento de ciertas medidas por parte de las Comunidades Autónomas producir efectos fuera de su territorio.

Señala el artículo 157.2 de la Constitución que las Comunidades Autónomas no podrán, en ningún caso, adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio, ahora bien, el hecho de que la Comunidad Autónoma ejerza sus competencias normativas, es, o no, inconstitucional desde este punto de vista.

El análisis de esta cuestión creemos que debe partir del propio hecho imponible del impuesto, así nos encontramos con un impuesto personal que grava el patrimonio neto de un sujeto, y no un bien en concreto. Destaca DE LA PEÑA VELASCO¹⁴, que el "patrimonio no es un bien, sino un conjunto de bienes y derechos de contenido económico, y por tanto no puede ser ubicado en un sitio fuera o dentro de la región"¹⁵.

Con base en este hecho podemos afirmar, que las medidas establecidas por las Comunidades Autónomas no recaen en principio sobre bienes, sino sobre el patrimonio, razón por la cual no se podría considerar vulnerado el artículo 157.2 de la Constitución. Señala RAMOS PRIETO¹⁶, que "cuando una Comunidad Autónoma aprueba un mínimo exento o la tarifa no estará en consecuencia incidiendo de forma inmediata sobre ningún bien en concreto, sino sobre la universalidad del derecho constituido por la cuantía global del patrimonio neto del contribuyente, es decir sobre la totalidad de los bienes sometidos a gravamen cualquiera que sea su lugar de ubicación. No obstante, debemos matizar que no es lo mismo que de manera indirecta se produzcan efectos fuera del territorio, cosa que sucede en este supuesto y que en ningún caso supone una actuación contraria al artículo 157.2 de la Constitución"¹⁷, que se adopten medidas concretas sobre bienes situados fuera del territorio de una Comunidad Autónoma.

¹⁴ DE LA PEÑA VELASCO, G. "Los recargos como recursos de las Comunidades Autónomas". *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 43, julio-septiembre, 1984, p. 390.

¹⁵ En el mismo sentido VILLARÍN LAGOS (*La cesión de impuestos estatales a las Comunidades Autónomas*. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 244) señala que el objeto material del tributo es el patrimonio neto considerado una magnitud independiente y distinta de la suma de sus componentes, que no puede ubicarse en ningún sitio concreto, aunque si pueden situarse todos o algunos de sus componentes.

¹⁶ RAMOS PRIETO, J. *La cesión de impuestos del Estado a las...* Cit, p. 518.

¹⁷ Destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 242/1999, de 21 de diciembre, Fd. Jdco. 18º que "los actos válidamente realizados por los poderes públicos de las Comunidades Autónomas dentro de su territorio respecto de las relaciones jurídicas que en el se establecen pueden producir consecuencias fuera del territorio de la Comunidad". Sin embargo hay que distinguir "entre el ejercicio de las competencias que deben limitarse, como regla general, al ámbito territorial correspondiente, y los efectos del ejercicio de dichas competencias, los cuales pueden manifestarse fuera de dicho ámbito".

Ahora bien, el hecho de que las Comunidades Autónomas ostenten, desde el año 2001, competencias en torno al establecimiento de deducciones y bonificaciones, podría llevar a una vulneración del precepto. En un primer momento, podemos pensar que si los citados entes estableciesen deducciones o bonificaciones a favor de la inversión en bienes inmuebles, y en el patrimonio de los sujetos existen bienes situados fuera del ámbito de la Comunidad Autónoma, esto podría suponer una violación del artículo 157.2 de la Constitución.

Sin embargo, no creemos que se produzca vulneración alguna desde el momento que la medida tributaria no va a producir efecto en otra Comunidad Autónoma, pues únicamente será la Comunidad Autónoma creadora de la medida la que asuma las consecuencias del establecimiento de la misma, ya que verá minorada la recaudación correspondiente al impuesto.

De este modo, los límites del artículo 157.2 de la Constitución se establecen en atención básicamente a los impuestos reales, y el Impuesto sobre el Patrimonio es un impuesto personal, por tanto no se le podría aplicar lo preceptuado en el citado artículo¹⁸.

2.2. Ejercicio de las citadas competencias por la Comunidad de Madrid

Tras analizar con carácter general cuáles son los elementos que pueden ser objeto de regulación por las Comunidades Autónomas, vamos ahora a estudiar cuál es el ejercicio efectivo que de las mismas ha hecho la Comunidad Autónoma de Madrid.

La Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, señala expresamente en su Exposición de Motivos "la intención de minorar la presión del patrimonio de los madrileños en consonancia con el carácter extraordinario del tributo y con la regulación llevada a cabo en los últimos años en otros países de nuestro entorno".

Esta minoración se produce mediante el ejercicio de competencias normativas en relación con el mínimo exento y con el tipo de gravamen.

En cuanto al mínimo exento establece la Ley 7/2001, en su artículo 2, Uno, que el mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio se fija con carácter general en 112.000 €, elevándose el mismo hasta los

¹⁸ Encontramos, no obstante autores que entienden la existencia de una posible vulneración del artículo 157.2 entre los que se sitúan ZORNOZA PÉREZ ("Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001". En AAVV *El Estado de las Autonomías*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, tomo IV, p. 4021), PÉREZ ROYO, J. (*El nuevo modelo de financiación autonómica: análisis exclusivamente constitucional*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997, pp. 128 y 129).

224.000 €, en el caso de contribuyentes discapacitados con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

Se observa que existe una elevación del mínimo exento que con carácter general se fija en 108.182,18 €, para aquellas Comunidades que no hayan aprobado mínimo exento. Además, la Comunidad de Madrid, da un paso más y subjetiviza en cierta forma el impuesto, al elevar de forma considerable, al doble, el mínimo exento para el caso de personas con discapacidad superior al 65%.

Por lo que respecta al tipo de gravamen encontramos que la Comunidad Autónoma de Madrid ha aprobado una nueva tarifa del impuesto. Nos encontramos con una tarifa estructurada en seis tramos, frente a los ocho que tiene la escala autonómica. Además observamos que desaparecen los dos últimos tramos de la escala, lo cual conlleva una minoración del impuesto para los patrimonios más elevados. En cuanto a los tipos de gravamen se observa una rebaja respecto a los establecidos en la normativa supletoria. Esta rebaja es menor en los escalones inferiores, llegando a un punto en el último de los escalones. De esta forma consideramos que se ha optado por disminuir la cuota del impuesto sobre el patrimonio a aquellos contribuyentes que tienen un mayor patrimonio.

A la vista de todo lo anterior creemos que hubiese sido más adecuado el atenuar la carga tributaria aprobando deducciones y bonificaciones, atendiendo a circunstancias propias de la Comunidad.

3. LA CESIÓN DE COMPETENCIAS DE GESTIÓN

3.1. La delegación de competencias de gestión, frente a la cesión del resto de competencias

De la lectura detallada de la normativa reguladora de la financiación autonómica, podemos observar, que al otorgar competencias sobre la gestión de los tributos cedidos, el legislador no emplea, en ningún caso, el término «cesión», sino que en toda ocasión se refiere a la misma como «delegación». Esto nos lleva a cuestionarnos si esta precisión terminológica tiene algún otro fundamento, es decir, ¿supone tanto como afirmar que es distinto el poder que la Comunidad tiene en relación con el rendimiento, que se le cede, que el que tiene, en relación con las competencias de gestión, que únicamente se le delegan?

Esta cuestión, nos lleva a plantearnos qué distingue la cesión de la delegación, para lo cual se considera oportuno intentar identificar la cesión con la técnica de la delegación intersubjetiva o con la técnica de la transferencia intersubjetiva entre entes públicos. La diferencia

entre ambas figuras radica, en que mientras en la transferencia intersubjetiva se produce una subrogación personal, en el ente público al que se atribuye la competencia, en virtud de un mandato imperativo del derecho objetivo, que implica, un traspaso en bloque de las facultades, funciones y medios necesarios, para el ejercicio de dicha competencia, con carácter exclusivo. Por el contrario, en la delegación intersubjetiva el ente delegante, conserva la titularidad, que pudiéramos llamar núcleo, sobre la competencia, si bien, se ceden determinadas facultades inherentes a la misma¹⁹.

La atribución de competencias de gestión a las Comunidades Autónomas respecto a los tributos cedidos, encaja exactamente en la delegación intersubjetiva²⁰. En relación con los supuestos en donde la LOFCA utiliza la expresión «cesión», en cuanto al producto y las competencias normativas, afirma VILLARÍN LAGOS²¹, que también son subsumibles en la técnica de la delegación intersubjetiva. A este razonamiento se llega, si se entiende tal delegación, como una técnica, en virtud de la cual, se produce la creación de una titularidad compartida entre diversos entes públicos sobre una competencia, y no, simplemente, como una técnica en la que se separan, por un lado, la titularidad de la competencia, y, por otro, el ejercicio de la misma²².

Así pues, podemos concluir señalando, que a pesar de la aparente distinción que parece recoger la LOFCA, entre delegación y cesión, en realidad, la cesión de competencias normativas y de competencias sobre el producto también puede ser considerada como supuestos de delegación intersubjetiva con las matizaciones ya reseñadas.

3.2. Alcance de las competencias de gestión

En relación con la delegación de competencias de gestión, debemos precisar, que su regulación general se recoge en el artículo 19.2 de la LOFCA, el cual establece, por un lado, la posibilidad de que las

¹⁹ LINARES Y MARTÍN DE ROSALES, Juan. «La delegación en la gestión de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas». XXXII SEDF Financiación de las Autonomías e infracciones y sanciones tributarias. IEF, Madrid, 1986, p. 219.

²⁰ Vid. MARTÍNEZ LAFUENTE, Antonio. «El régimen jurídico de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas» en Organización territorial del Estado. IEF, Madrid, 1984, volumen III, pp. 1857 y ss. PERULLES MORENO, J. «Gestión Tributaria» en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Vol. III, IEA, Barcelona, 1990, p. 719.

²¹ VILLARÍN LAGOS, M. La cesión de impuestos estatales a las... Cit, p. 160.

²² En el mismo sentido encontramos, LINARES Y MARTÍN DE ROSALES, Juan. «La delegación en la gestión de los tributos cedidos a las...». Cit, pp. 220 y ss. CHECA GONZÁLEZ, Clemente. «La delegación de competencias administrativas del Estado a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos». Revista de Hacienda autonómica y local, núm. 38, mayo-agosto, 1983, p. 321.

Comunidades asuman, por delegación, la gestión de los tributos cedidos, prohibiendo, asimismo, que tal delegación se produzca en el caso del IRPF, del IVA y de los impuestos especiales sobre la fabricación. Tales previsiones, aparecen reseñadas de una forma mucho más precisa en la Ley de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación, que, en un primer artículo, reconoce las bases de la delegación de las competencias de gestión. Estas son las siguientes:

1. La Comunidad Autónoma se hará cargo por delegación del Estado, de la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos cedidos.
2. Existen determinados impuestos cedidos, entre los que se encuentra el IRPF, el IVA y los impuestos especiales sobre la fabricación, en los que dicha delegación no se produce, sino que, en relación con los mismos, lo único que se permite a las Comunidades es participar, a través de los cauces que luego estudiaremos, en la gestión, que desarrollará, en todo caso, la Administración Tributaria del Estado.
3. Las especialidades, que en cuanto a su gestión plantea el Impuesto sobre el Patrimonio, dada la gran vinculación existente entre el mismo y el IRPF, cuya gestión, en ningún caso se cede a las Comunidades Autónomas.

Posteriormente, en cuanto al alcance de las competencias de gestión, la ley distingue cada una de las fases que integran la gestión de un tributo.

Con carácter general, debemos afirmar, que el legislador en cada una de ellas señala, cuáles son las competencias que se delegan en la Comunidad, y cuáles, por el contrario, permanecen en manos del Estado, es decir, no son objeto de delegación. Así pues, el ejercicio de las competencias de gestión, se lleva a cabo de manera conjunta por el Estado y las Comunidades Autónomas, ya que a pesar de que la mayor parte de las acciones que integran la gestión de dichos tributos se llevan a efecto por parte de las Comunidades, existen determinados aspectos que permanecen en manos de la Administración estatal²³. Así existen competencias que no son objeto de delegación autonómica, pues

²³ Destaca GARCÍA MARTÍNEZ («La asunción autonómica de las competencias normativa y de gestión sobre los tributos cedidos». *Crónica Tributaria*, núm. 103, 2000, p. 48) que una de las consecuencias que se derivan del hecho de estar ante una delegación intersubjetiva entre entes públicos es que el Estado no ha delegado la competencia administrativa o de gestión a las Comunidades Autónomas en bloque sino que se ha reservado el ejercicio de determinadas cuestiones.

es conveniente que queden reservadas en poder del Estado, para mantener de esta forma un único criterio, idéntico en todo el territorio nacional con independencia de la Comunidad que sea competente.

Las competencias que no son objeto de delegación son aquellas, que tal vez por la aplicación del principio de coordinación, que debe inspirar todo el sistema de financiación autonómica, no es conveniente que su ejercicio esté disperso, sino que, en virtud del principio de seguridad jurídica, es mejor que exista una única línea de actuación o criterio, idéntica para todas las Comunidades Autónomas.

3.3. La gestión del Impuesto sobre el Patrimonio: Especialidades

En el caso del Impuesto sobre el Patrimonio, si bien, se considera cedida la gestión, existen múltiples especialidades, que hacen necesario un estudio pormenorizado de la misma.

Desde el momento en que se inició la cesión de tributos estatales a las Comunidades Autónomas, se suscitaban dudas en torno a la inclusión, o no, del Impuesto sobre el Patrimonio entre los tributos susceptibles de cesión²⁴. De esta forma observamos, que desde un inicio, los autores vertieron opiniones contrarias en torno a la conveniencia, o no, de su cesión. Así, algunos entienden que en ningún caso se debía proceder a la cesión de dicho impuesto²⁵. A modo de postura intermedia, encontramos otros, que determinan que la cesión del Impuesto se debía centrar sólo en la cesión de la recaudación que del mismo se obtiene²⁶. Finalmente, están los que consideran favorable el

²⁴ Señala ESCRIBANO LÓPEZ («El concepto de tributo cedido, con especial referencia al Impuesto sobre el Patrimonio». Organización Territorial del Estado. IEF, Madrid, 1984, vol. II, p. 971) que en el proyecto de LOFCA no aparecía este impuesto en la relación de impuestos cedidos; y que el mismo se incluyó posteriormente en el Informe de la Ponencia de la Comisión Parlamentaria.

²⁵ LASARTE ÁLVAREZ («La financiación de las Comunidades Autónomas». Documentación Administrativa, núm. 181, enero-marzo, 1979, p. 423), considera que «los impuestos que gravan la renta y el patrimonio no son aptos para ser cedidos a las Comunidades Autónomas».

CALVO ORTEGA («La financiación de las regiones» en *Las autonomías regionales*. I. Aspectos políticos y jurídicos. Informes al Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1977, p. 471) considera en el momento de determinar qué impuestos son idóneos para atribuirlos a las Comunidades Autónomas, que en función de su naturaleza y características existen impuestos estatales por naturaleza, que deben gestionarse sobre una base estatal, y entre ellos destaca tanto el Impuesto sobre la Renta como el impuesto sobre el Patrimonio.

²⁶ CAZORLA PRIETO (*El poder tributario en el Estado contemporáneo: un estudio*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, p. 268.) considera que se debería posibilitar una cesión estricta del impuesto, con reserva de la gestión, por tanto a favor del Estado.

hecho de que se produzca la cesión de la gestión del impuesto²⁷, eso sí, teniendo en cuenta, en todo caso, el establecimiento de ciertas especialidades, fundamentadas básicamente en los fines que el citado impuesto tiene²⁸, así como, en la gran relación existente entre el mismo y el IRPF.

El establecimiento de especialidades en torno a la gestión del Impuesto sobre el Patrimonio, se observa ya, en el propio artículo 46 de la ley de medidas, en el cual se establecen las generalidades en torno a las competencias de gestión, y así dicho artículo dedica el apartado tercero, íntegramente, al impuesto aludido. Igualmente, los artículos dedicados a la regulación de cada una de las fases en que se divide la gestión en sentido genérico, establecen las peculiaridades relacionadas con las mismas. Así pues, debemos destacar, que en el caso del Impuesto sobre el Patrimonio, las competencias de gestión se encuentran, en cierto modo, compartidas entre el Estado y la Comunidad Autónoma²⁹, de la forma que a continuación detallamos.

Centrándonos, en primer lugar, en la fase de gestión y liquidación, comenzaremos subrayando, que el apartado tercero del artículo 46 de la ley de medidas, establece expresamente, que la presentación de las declaraciones del IRPF y del Impuesto sobre el Patrimonio se hará de forma conjunta, lo cual, supone afirmar, que será la Administración

²⁷ Señala ESCRIBANO LÓPEZ («El concepto de tributo cedido, con especial referencia...». Cit., pp. 972 y 973) que se impone un cambio en la gestión del impuesto, y así tal cambio podía venir por el acercamiento de la gestión a los objetos del tributo, cosa que pasaría de cederse a las Comunidades Autónomas. Si bien, habría que establecer mecanismos de coordinación entre la administración estatal y la autonómica en virtud de la interconexión que existe entre el Impuesto sobre el Patrimonio y el IRPF, así como de las funciones que el Impuesto sobre el Patrimonio cumple.

Por su parte DE LA PEÑA VELASCO («El Impuesto sobre el Patrimonio Neto como medio de financiación de las entidades territoriales autónomas» en AAVV La financiación de las autonomías. Conselleria de Economía y Hacienda del País Valenciano, Valencia 1979, p. 149) sitúa dentro del organismo autónomo la gestión y recaudación de la deuda tributaria correspondiente al Impuesto sobre el Patrimonio. Dicha cesión la limita a la parte de base imponible formada por los bienes inmuebles rústicos y urbanos, y considera el pago que por este concepto se hace un pago a cuenta del Impuesto sobre el Patrimonio general.

²⁸ BANACLOCHE PÉREZ («La cesión del Impuesto sobre el Patrimonio a las Autonomías». Revista de Hacienda autonómica y local, núm. 38, mayo-agosto, 1983, pp. 468 a 472) señala entre las funciones del Impuesto sobre el Patrimonio las siguientes: en primer lugar tiene efectos de control; en segundo término, discrimina las rentas del trabajo frente a las rentas del capital; y en último término es un elemento básico de valoración, y así su modo de valorar se toma en consideración por otros impuestos del sistema tributario.

²⁹ Destaca LAGO MONTERO («La distribución de competencias de gestión tributaria en el Impuesto sobre el Patrimonio». Impuestos, tomo I, 1994, p. 121) que en virtud de la necesidad de conciliar el interés de la Comunidad de gestionar aquello cuyo rendimiento se le atribuye, y el interés del Estado, por controlar las variaciones patrimoniales de los contribuyentes, se ha establecido una cesión sólo parcial de las competencias de gestión tributaria.

estatal la competente, tanto para recibir la declaración, como el ingreso que de ella se perciba³⁰.

Junto a esto, y en virtud de que la norma no establece matización alguna, se puede afirmar que la realización de los actos de trámite y liquidación, así como el resto de competencias necesarias para la gestión, se reservan a las Comunidades Autónomas.

Tomando como base lo señalado anteriormente, podemos plantearnos, qué va a suceder con el procedimiento de verificación de datos³¹. En un principio, y en virtud de la falta de reserva expresa, parece lo más adecuado afirmar que la verificación de datos de las declaraciones del Impuesto sobre el Patrimonio corresponde a la Comunidad Autónoma. Sin embargo, y teniendo en cuenta, de un lado, el porqué de la presentación conjunta de ambas declaraciones³², y de otro, los principios de eficacia y coordinación en la actuación administrativa, debemos considerar, que sería más conveniente que fuese la Administración estatal la que llevase a efecto tales actuaciones³³.

Así pues, y atendiendo, tanto, a las precisiones antes mencionadas, como a lo preceptuado en el artículo 46.1 b) de la ley de medidas³⁴, concluimos, que la administración tributaria estatal realizará las actuaciones materiales de verificación mencionadas en el artículo 131 de la Ley 58/2003. Sin embargo, no será competente para desarrollar el procedimiento de verificación de datos en su totalidad, dado que le corresponderá a la Comunidad Autónoma, tanto la instrucción, como la resolución de los expedientes derivados de las actuaciones desarrolladas por el Estado, es decir, las Comunidades evacuarán el trámite de alegaciones y practicarán la correspondiente liquidación provisional de oficio³⁵.

³⁰ Debemos tener en cuenta, que posteriormente habrá que proceder a entregar las cantidades recaudadas a las Comunidades Autónomas, de la forma que se estime pertinente.

³¹ Procedimiento recogido en los artículos 131 a 133 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, y que tal y como señala el Informe de la Comisión sobre el anteproyecto de la LGT es una comprobación sumaria y de antecedentes.

³² La razón de dicha presentación conjunta está, por un lado, en el servicio que la información proporcionada por la gestión del Impuesto sobre el Patrimonio presta a la eficaz gestión de otros tributos del sistema, y por otro por la complementariedad del IRPF y del IP.

³³ En relación con cada una de las actuaciones que se integran en la comprobación abreviada y que se recogen en el artículo 123 de la LGT, vid. GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. La gestión de los tributos autonómicos. Civitas, 2000, pp. 203 a 207.

³⁴ En el que al determinar el alcance de la delegación en relación con la recaudación de los tributos cedidos señala que corresponderá a la Comunidad Autónoma la recaudación en periodo voluntario de las liquidaciones por ella practicadas.

³⁵ LAGO MONTERO («La distribución de competencias de gestión tributaria en el...». Cit., p. 122) en sentido contrario a lo que la propia norma establece, considera que «la lógica impone que sea la administración del Estado, receptora de la declaración, quien realice ese primer examen de la misma y gire, en su caso, una primera liquidación provisional».

No obstante lo antes afirmado, podemos plantearnos, si tal reparto competencial puede alterarse, en aplicación de la posibilidad que, tanto la Administración del Estado como, la de las Comunidades Autónomas, tienen de llegar a acuerdos que posibiliten una más eficaz tramitación de los expedientes. Ahora bien, el propio artículo establece, que tales acuerdos se harán en el propio ámbito de sus competencias, por lo que consideramos, que no sería posible una alteración de las competencias que a cada una de las administraciones le corresponden, amparándose exclusivamente en un acuerdo interadministrativo³⁶.

En cuanto a la recaudación de este impuesto, la misma corresponderá a la Administración del Estado si la declaración del impuesto se presenta en periodo voluntario³⁷. En el caso de que la misma se efectúe en periodo ejecutivo, la competencia corresponderá, en todo caso, a la Comunidad Autónoma. Ahora bien, llama la atención, que a pesar de que la competencia en torno a la recaudación está dividida entre ambas administraciones, cuando el legislador alude a la posibilidad de solicitar un aplazamiento o fraccionamiento del pago, reserva, en todo caso, la competencia a la administración autonómica, con independencia de que nos encontremos ante supuestos, en los que la recaudación se debe llevar a efecto por parte de la Administración del Estado. Así pues, parece haberse tomado como referencia al titular del rendimiento, pues, va a ser, fundamentalmente dicho sujeto, el que se va a ver afectado por las consecuencias de dicha decisión. Sin embargo no consideramos razonable, que una Comunidad pueda decidir, sobre el aplazamiento o fraccionamiento de un impuesto que no recauda de manera directa, ya que, según lo dispuesto en la norma, el contribuyente deberá dirigirse a la Comunidad para solicitar el aplazamiento o fraccionamiento del pago, a pesar de que, todo el resto del procedimiento lo realizará ante la Administración del Estado. Creemos que hubiese sido más congruente, que la propia administración encargada de la recaudación del impuesto, fuese competente para en su caso resolver sobre la concesión, o no, del aplazamiento o fraccionamiento de pago. Si bien, y teniendo en cuenta que la recaudación del impuesto corresponde a la Comunidad Autónoma, podrían establecerse determinadas medidas de coordinación a nivel interno, es decir, que aunque se consulte a la administración autonómica acerca de si procede, o no, dicho aplazamiento, el contribuyente sólo se tenga que relacionar

³⁶ Vid. GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. La gestión de los... Cit. pp. 210 a 222.

³⁷ Tan sólo corresponderá a la Comunidad en los supuestos en que nos encontremos con liquidaciones practicadas por la Comunidad.

con una administración, lo cual es mucho más adecuado desde un punto de vista pragmático.

En cuanto a la fase de inspección, destaca el artículo 46.3 de la ley de medidas que cuando con ocasión de las actuaciones inspectoras que se lleven a cabo en relación con el IRPF se ponga de manifiesto alguna irregularidad, los Servicios de Inspección de Tributos del Estado, podrán incoar las oportunas actas de investigación y comprobación por el Impuesto sobre el Patrimonio. No obstante, continúa el citado artículo, la competencia sobre la instrucción y resolución de los expedientes administrativos consecuencia de tales actas, se le atribuye a la administración autonómica. De esta forma, podemos destacar, que en cuanto a la inspección del Impuesto existe una competencia compartida entre ambas administraciones.

El fundamento, de esta competencia compartida, lo encontramos en el interés que el Estado tiene en llevar a cabo actuaciones de comprobación e investigación del Impuesto sobre el Patrimonio, en aras a conseguir una gestión más eficaz y completa del IRPF. Por otra parte, se tiene en cuenta que la Comunidad Autónoma, también puede estar interesada en la realización de las mencionadas funciones, pues el rendimiento derivado del Impuesto sobre el Patrimonio, le corresponde a ella.

Debemos matizar, desde un principio, que la competencia que corresponde al Estado en materia de inspección del Impuesto sobre el Patrimonio, se limita a la realización de actuaciones inspectoras, en sentido estricto, y a su formalización en el correspondiente acta. Por su parte, todo lo relativo a las funciones de instrucción y resolución del expediente, así como las de liquidación, se atribuyen únicamente a la Comunidad Autónoma.

La distribución de funciones, anteriormente mencionada, ha sido criticada por parte de la doctrina³⁸, que considera, que la misma supone una ruptura en el procedimiento de inspección establecido en el artículo 141 de la LGT. Frente a esta opinión, se establece que las leyes de cesión lo que hacen es una distribución del ejercicio de las competencias que se mencionan en el artículo 141 de la LGT, si bien, dicha distribución entre la inspección estatal y autonómica, es perfectamente posible en un Estado compuesto, sin que la misma suponga ruptura alguna³⁹. A la vista de las dos posturas citadas entendemos, que a pesar de no existir una ruptura en el procedimiento, el hecho de que las funciones estén distribuidas, crea ciertas dificultades, básicamente,

³⁸ LACASA SALAS, J.H.; DEL PASO BENGOA, J. Procedimiento de la inspección de los tributos. Comentarios al Reglamento general. CISS, Valencia, 1990, p. 392.

³⁹ GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. La gestión de los tributos... Cit., p. 343.

de descoordinación entre ambas administraciones, que generalmente podrán ser salvadas, en virtud de eficaces mecanismos de coordinación y colaboración.

Debemos destacar también, que en aras a evitar una duplicidad de actuaciones inspectoras, respecto al mismo impuesto y contribuyente, sería conveniente, que en el momento en que se iniciasen las actuaciones inspectoras, hubiese una comunicación entre ambas administraciones.

Teniendo en cuenta, tanto, las disfunciones que se originan debido a la distribución de funciones en torno a la inspección, como, los continuos problemas que la aplicación práctica de tal distribución plantea⁴⁰, consideramos que todas las funciones debían de haberse residenciado en una sola administración, salvo que se hubiesen establecido, de manera concreta, órganos encargados de llevar a efecto las tareas de coordinación, que tal distribución requiere.

A modo de conclusión de este apartado, podemos preguntarnos, si teniendo presente, tanto, las especialidades que se observan en la gestión del Impuesto sobre el Patrimonio, como, los posibles problemas derivados de las mismas, no habría sido mejor reservar la gestión de este impuesto en poder de la Administración del Estado. Consideramos, que al igual que sucede en el IRPF, se podía haber optado por ceder a la Comunidad, el rendimiento que del mismo se obtuviese, así como determinadas competencias normativas, reservándose la Administración estatal la gestión del mismo, pues el hecho de que la misma se ceda plantea más inconvenientes, en el momento de coordinar dos administraciones distintas, que ventajas.

De no haberse procedido a la cesión de la gestión, se habría planteado un problema, pues la valoración que en el Impuesto sobre el Patrimonio se hace de los bienes tiene gran relevancia en la gestión de otros impuestos, como son el ITPAJD. Sin embargo, el mismo puede solucionarse con un buen intercambio de información entre las distintas administraciones públicas, y además, los supuestos de relación entre la gestión de ITPAJD y el Impuesto sobre el Patrimonio, son mucho menos numerosos, que las relaciones existentes entre el IRPF y el Impuesto sobre el Patrimonio⁴¹.

⁴⁰ Al respecto vid. ARIAS VELASCO, J. «Concurrencia de Administraciones en la valoración fiscal» en XXXV Semana de Estudios de Derecho Financiero, IEF, Madrid, 1990, pp. 151 y 152.

GARCÍA MARTÍNEZ, Andrés. La gestión de los tributos... Cit., pp. 356 a 360.

⁴¹ Así v.gr. destaca DELGADO GONZÁLEZ («La coordinación y colaboración en la inspección tributaria. Especial referencia a los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas». Crónica tributaria, núm. 53, 1985, p. 344) centrándose en la fase de inspección que la inspección de forma conjunta del Impuesto sobre el Patrimonio y del IRPF, no es un supuesto accidental, sino que es el modo normal de actuación.

4. LA RESIDENCIA HABITUAL COMO PUNTO DE CONEXIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO

Los tributos cedidos, tal y como hemos venido afirmando, son tributos de carácter estatal, en relación con los cuales las Comunidades Autónomas tienen determinadas potestades. De este modo, su propia configuración obliga a fijar una serie de criterios de sujeción o puntos de conexión, que determinen qué Comunidad Autónoma va a ser la encargada de ejercer las competencias, en un caso concreto.

Uno de los puntos de conexión más utilizado en el momento de determinar la Comunidad Autónoma a la que corresponde ejercer competencias es la residencia habitual. Así, será este punto el que se use tanto en el Impuesto del Patrimonio, objeto de nuestro estudio como en el IRPF, en el Impuesto sobre Sucesiones, y en determinados supuestos, tanto, del Impuesto sobre Donaciones, como, del ITPAJD.

Analizaremos a continuación que se entiende por residencia habitual en la Comunidad Autónoma, y qué problemas plantea el uso de este punto de conexión en el Impuesto sobre el Patrimonio.

4.1. Residencia habitual en la Comunidad Autónoma

4.1.1. Generalidades

En el momento de determinar la residencia habitual en la Comunidad Autónoma podemos observar que el legislador ha seguido un criterio distinto, pues la fijación de la misma se considera conveniente recogerla en una norma general, de aplicación a todos los impuestos, y no, en la ley reguladora de un impuesto en concreto, como sucede en el caso de la residencia habitual en territorio español. Así, el artículo 20 de la Ley 21/2001, bajo la rúbrica de «residencia habitual de las personas físicas», establece los criterios a considerar en el momento de proceder a la fijación de la residencia en una determinada Comunidad Autónoma.

Igualmente, y antes de analizar los criterios que se utilizan para determinar esta residencia, debemos afirmar que los mismos difieren de los establecidos por la ley en el caso de la residencia en territorio español. Este hecho puede llevar a cuestionarnos el por que de esta diferenciación, y, si no hubiese sido más conveniente utilizar criterios iguales, dado que se quiere definir la misma condición de la persona. Considera ADAME

MARTÍNEZ⁴², que el legislador ha estado acertado en el momento que decidió optar por criterios distintos a los del artículo 9 del RDLeg 3/2004, de 5 de marzo.

La razón de esta distinción parece radicar en la insuficiencia que los criterios antes estudiados, planteaban en el momento de determinar la residencia en un territorio de dimensiones más reducidas, como es el caso de la Comunidad Autónoma.

El primero de los criterios mencionados, es decir, la permanencia durante más de 183 días, si bien en principio es válido para determinar la residencia en territorio español⁴³, no lo es para un ámbito territorial más pequeño, como ante el que nos encontramos⁴⁴. No obstante, debemos tener en cuenta que algunos autores no encontraban problemas a su utilización⁴⁵.

En cuanto al criterio del centro de intereses tampoco se considera conveniente su uso en el ámbito autonómico, tachando al mismo de absolutamente parcial e incompleto⁴⁶. Los dos argumentos en contra de la utilidad de este criterio son los siguientes: en primer término, que nos encontramos ante un criterio parcial, pues el mismo únicamente puede ser utilizado para fijar la residencia de las personas físicas que sean empresarios o profesionales. Y en segundo lugar, y teniendo presente, tanto, la enorme movilidad geográfica que existe en la actualidad, como, las mínimas distancias entre Comunidades, es difícilmente pensable que un sujeto sólo desarrolle su actividad económica en una Comunidad, siendo incluso probable que tenga centro de intereses en más de una.

La existencia de múltiples problemas en el momento de utilizar los criterios mantenidos en el caso de la residencia en territorio estatal, ha llevado al legislador a considerar conveniente definir la residencia

⁴² ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen general. Comares, Granada, 1998., pp. 148 a 153.

⁴³ Aunque existen dificultades en torno a los medios de prueba del mencionado criterio a nivel nacional.

⁴⁴ ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen... Cit., p. 149. FALCON Y TELLA, R. «Los puntos de conexión en los tributos cedidos: especial referencia a la «residencia» de las personas físicas». Quincena Fiscal, núm. 5, marzo, 1995, p. 7. PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel. «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en las Comunidades Autónomas». Estudios Financieros, núm. 175, octubre, 1997, p. 96.

⁴⁵ CASADO OLLERO, G.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M.; LASARTE ÁLVAREZ, J.; MARTÍN AYALA, J.M.; MARTÍN QUERALT, J.; PLAZA VILLASANA, L.; PÉREZ GARCÍA, F. «La cesión parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Comares, Granada, 1997, p. 170.

⁴⁶ ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen... Cit., pp. 152 y 153.

PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel. «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Cit., pp. 98 y 99.

autonómica de manera independiente a la estatal. No obstante, debemos afirmar, que si bien es cierto que los criterios son distintos en cuanto a su conceptualización, no lo son en cuanto a la elección de las circunstancias a tener en cuenta. Así, tal y como ahora veremos más detenidamente, se vuelve a hacer alusión al criterio de permanencia y al centro de intereses, aunque los mismos se definen de distinta forma, intentando de este modo eludir los posibles problemas antes enunciados.

4.1.2. Criterios utilizados

El legislador, en el artículo 20 de la Ley 21/2001, establece tres criterios en el momento de fijar la residencia en el territorio de una Comunidad Autónoma, y así se mencionan: la permanencia en la misma, la radicación del centro de intereses, así como una cláusula de cierre, en virtud de la cual los sujetos se considerarán residentes en el lugar de la última residencia declarada a efectos del IRPF. De forma análoga a como se hace en el caso de la residencia habitual en España, se recoge también una presunción para aquellos supuestos en los que residen en la Comunidad Autónoma el cónyuge, no separado legalmente, y los hijos menores.

Los tres criterios mencionados se aplican con carácter subsidiario lo que nos lleva a afirmar la gran diligencia empleada por el legislador en el momento de fijar la residencia habitual autonómica, pues es muy difícil, si bien existe algún supuesto como ya veremos, que nos encontremos con personas carentes de residencia autonómica.

4.1.2.1. Criterio de permanencia

El primero de los criterios marcados por la ley para determinar la residencia habitual en una Comunidad Autónoma es el criterio de la permanencia. Se observa así, que al igual que sucedía en el ámbito estatal, se considera que un sujeto reside en aquel territorio donde permanece un mayor tiempo, entendiéndose que tendrá con él una mayor vinculación, y que será allí donde disfrute en gran medida de los servicios públicos. Estas circunstancias hacen razonable que sea aquel lugar el que disfrute de la recaudación, así como el que ejerza el resto de competencias que se otorgan en torno a los tributos cedidos.

De esta forma podríamos considerar, que el legislador ha seguido en esta ocasión el mismo criterio que se establecía a nivel estatal, mas, como ahora veremos, el modo de definir este criterio de permanencia difiere, del ámbito estatal al autonómico.

En primer lugar podemos observar, que desaparece la alusión a los 183 días que se hace en el ámbito estatal, y así, basta con que el sujeto permanezca en un determinado territorio un mayor número de días. Con esta supresión se supera uno de los posibles problemas que podía plantear la adopción del criterio estatal, pues la menor extensión territorial de las Comunidades Autónomas propicia una mayor movilidad, entre unas y otras. De igual modo, se resuelve la duda que podría suscitarse en el supuesto en que un sujeto resida en España, por permanecer en este país más de 183 días, pero no esté en ninguna Comunidad Autónoma más de este tiempo⁴⁷.

En torno al período de tiempo a tener en cuenta en el momento de computar el mayor número de días, difiere de un impuesto a otro, así, mientras en el caso del IRPF se acude al período impositivo, en los supuestos del ISD, ITPAJD y en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, la ley señala que la mayor permanencia deberá producirse en el año inmediato anterior, contado de fecha a fecha, que finalice el día anterior del devengo. Esta diferenciación puede llevar a que un sujeto pueda tener distintas residencias habituales, según el impuesto ante el que nos encontremos⁴⁸.

No obstante la posible dualidad que se plantea en torno a la residencia habitual, esta cuestión se ha simplificado en el artículo 20 de la Ley 21/2001⁴⁹, en el que el legislador parece establecer un sistema

⁴⁷ Destaca PÉREZ DE AYALA BECERRIL (en «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Cit., p. 101) que la desaparición de la referencia al número de días supone el vencer el problema de aquel sujeto que no alcanza la cifra de 183 días en ninguna Comunidad Autónoma.

Aplauden también tal supresión RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN y ZABIA DE LA MATA (en «Los puntos de conexión en el nuevo modelo de financiación autonómica». Crónica Tributaria, núm. 82-83, 1997 p. 243) al afirmar que les parece positivo el cambio «ya que se adapta más a la realidad en la que tantos sujetos viven en una determinada CA, trabajan en otra muy próxima y por motivos profesionales se han de desplazar a otras CCAA, sin llegar a permanecer en ninguna durante un período de seis meses».

Por su parte destaca MUÑOZ DEL CASTILLO («Gravamen autonómico o complementario. Cuota diferencial». En AAVV El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 245) que «el criterio de la mayor permanencia seguido por la Ley parece lógico, justo y sencillo; basta efectuar una simple operación aritmética para determinar en qué Comunidad tiene la residencia habitual el contribuyente».

⁴⁸ Destaca FALCON Y TELLA («Los puntos de conexión en los tributos cedidos: especial referencia a la «residencia...». Cit., p. 8) en torno a esta cuestión que en teoría una persona puede ser residente en distintas Comunidades Autónomas según el impuesto de que se trate.

Por su parte PLAZA VILLASANA («Los impuestos de sucesiones y transmisiones patrimoniales ante la nueva Ley de Cesión». Palau 14, núm. 27, septiembre-diciembre, 1996, p. 34) señala que «la permanencia se determina con criterios distintos según el Impuesto de que se trate, con lo que será perfectamente posible tener varias residencias habituales, según los impuestos, lo cual parece contrario con el término habitual».

⁴⁹ El artículo 10 de la Ley 14/1996 establecía tres modos diferentes al señalar los siguientes períodos de tiempo: el período impositivo en el IRPF, y por remisión posteriormente en el IP, el año en el ISD, y el año anterior a la fecha de devengo en el ITPAJD.

distinto de cómputo según nos encontremos ante impuestos periódicos o ante impuestos instantáneos.

En el caso de los impuestos periódicos cedidos, el legislador, de forma razonable, determina que la mayor permanencia se ha de valorar en función de las circunstancias concurrentes en el período impositivo. De este modo el nuevo sistema de financiación vigente desde el 1 de enero del 2002 continúa con los criterios que hasta ahora se habían venido aplicando.

Sin embargo, podemos observar que las modificaciones se han establecido en el caso de los impuestos instantáneos cedidos que utilizan como punto de conexión la residencia habitual. La anterior regulación distinguía, según nos encontráramos ante el ISD, en cuyo caso había que acudir al año en que se produjese la transmisión, o ante el ITP, donde se nos remitía al año anterior a la fecha del devengo. En ambos supuestos se contenían imprecisiones pues el legislador no determinaba si había que atender al año natural, o bien a un período de un año contado de fecha a fecha, en el segundo de los supuestos.

Frente a esta dualidad en cuanto al período a considerar, el legislador en la Ley 21/2001 opta por establecer un único criterio para todas las transmisiones, bien sean onerosas o lucrativas, extendiendo este criterio al Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, que grava también una transmisión aunque sea de un bien en concreto, cual es el caso de los vehículos. El período ahora establecido es el año inmediato anterior, además, el legislador precisa aún más al determinar que dicho período no se corresponderá con el año natural⁵⁰, sino que se considera un plazo que se computará de fecha a fecha tomando como punto de referencia final el día anterior a la fecha en que se produzca el devengo del impuesto.

De este modo, se extiende el criterio que hasta ahora se había venido usando para las transmisiones onerosas a las transmisiones lucrativas, si bien es cierto que precisando, de forma más concreta, el modo de computar el mismo. Frente a esta opción, y aunque a modo de *lege ferenda*, pues aún no se había aprobado la Ley 21/2001, consideraba RAMOS PRIETO⁵¹, que «sería mucho más recomendable atender al año en curso en el momento del devengo del impuesto, tal y como sucede en el ISD, con el fin de ahorrar al contribuyente el agravante de presión fiscal indirecta que supone que el rendimiento y la gestión correspondan a un territorio con el cual pueda no guardar ya vinculación física alguna».

⁵⁰ Es decir, del 1 de enero al 31 de diciembre.

⁵¹ RAMOS PRIETO, Jesús. La cesión de impuestos del Estado a las... Cit., p. 729.

En torno a esta elección podemos cuestionarnos, por qué extiende el legislador el criterio que establecía para las transmisiones onerosas, y no opta por seguir la postura contraria, es decir, utilizar el criterio que se mantenía para las lucrativas. O incluso, teniendo en cuenta que nos encontramos ante impuestos instantáneos, por qué no opta por la residencia del sujeto a la fecha del devengo del impuesto.

La utilización del último de los criterios reseñados, es decir, considerar que la residencia es la que se tiene el día del devengo, plantea problemas de diversa índole. En primer lugar, porque la residencia habitual no es una circunstancia que se pueda determinar en un momento concreto, como las circunstancias personales del sujeto, sino que necesita establecerse respecto de un período de tiempo, ya que el legislador fija la misma en función del criterio de permanencia, y no de otros datos, cual pudiera ser la inscripción en el padrón como residente. En segundo lugar, porque este hecho motivaría un gran número de residencias ficticias en una fecha determinada, atendiendo a la mayor o menor presión fiscal que exista entre unas Comunidades Autónomas y otras.

En cuanto al otro posible criterio, es decir, optar por el año natural en que se produjese el devengo, creemos que puede haber sido descartado por razones de fraude fiscal. Así, el legislador ha considerado que existe una mayor dificultad para el establecimiento de residencias ficticias, si se opta por el año anterior al que se produce la transmisión, que si se opta por el presente. Es sencillo comprender que si bien es cierto que se puede llegar a maquinar todo un entramado fijando la residencia en determinado territorio, con anterioridad a que la transmisión se produzca, esto, acarrea más dificultades, que si nos centramos en el propio año natural en que dicha maquinación será mucha más sencilla. De esta forma, consideramos, que ha sido con el objetivo de evitar situaciones de fraude por lo que el legislador ha optado por el año anterior, y no por el presente.

Otra de las cuestiones a plantearnos, en torno al modo de computar el período de permanencia, es qué sucede en el caso de las ausencias temporales. En este supuesto el legislador ha establecido expresamente, que «para determinar el período de permanencia se computarán las ausencias temporales». En torno a esta cuestión destaca RAMOS PRIETO⁵², que «este último mandato pone de relieve que el concepto de residencia habitual tiene un doble componente: la permanencia duradera y habitual en un determinado lugar (elemento objetivo) y la intención o voluntad de la persona de vincular al mismo

⁵² RAMOS PRIETO, Jesús. La cesión de impuestos del Estado a las... Cit., pp. 726 Y 727.

sus intereses personales, económicos o profesionales (elemento subjetivo)». Esta afirmación parece ser contraria a la que destacamos en el momento de definir la residencia señalando, que el legislador tributario únicamente atendía a criterios fácticos. Sin embargo, no creemos que tal contradicción se produzca, sino que al determinar el cómputo de las ausencias temporales para fijar el período de permanencia el legislador también atiende a criterios fácticos. Así consideramos, que en el caso de ausencias motivadas por ciertas circunstancias transitorias y esporádicas no sería razonable que las mismas supusiesen un cambio de residencia, a un lugar con el cual únicamente se encuentra ligado de forma ocasional, de modo tal que cuando las circunstancias transitorias desaparezcan el sujeto volverá a permanecer en el lugar en que se considera que tiene su residencia habitual. Por tanto, el problema en cuanto a las ausencias temporales se encuentra en qué se entiende por éstas, y no en el régimen que respecto de las mismas se establece.

Una vez hemos analizado el período de tiempo en el que debe producirse la mayor permanencia, así como el trato que se da en relación con las ausencias, nos debemos plantear que se entiende por permanencia en una Comunidad Autónoma. En un primer análisis podemos señalar, que el sujeto permanecerá en aquel lugar en el que se encuentre y desarrolle su vida. Sin embargo, la escasa distancia existente entre las Comunidades Autónomas acarrea un gran número de supuestos dudosos, dado que la vida se desarrolla en más de una Comunidad Autónoma, así *v.gr.* qué sucede en aquellos casos en los que el sujeto trabaja en una Comunidad Autónoma y sin embargo tiene su vivienda en otra.

En estos supuestos, ¿cuál es el lugar de permanencia del sujeto, la Comunidad Autónoma en la que trabaja o aquella en la que vive? En torno a esta cuestión pueden enunciarse soluciones diferentes, así podrían computarse el número de horas que el sujeto permanece en cada una de las Comunidades Autónomas, determinándose que el mismo tendrá su residencia en aquella Comunidad en la que pasa más tiempo. Por otro lado, se podrían fijar criterios generales para determinar la residencia, bien en virtud del trabajo, bien en función del lugar en el que se encuentre situada la vivienda del sujeto.

La opción por la primera de las soluciones, si bien es cierto que es la más adecuada en estricta justicia, plantea graves problemas de prueba, pues de qué forma se pueden computar las horas que permanece en cada Comunidad, si el sujeto pasa libremente de una a otra. Este hecho supone que sea mejor utilizar criterios generales de carácter objetivo, cuya facilidad de prueba evite dudas en el momento de proceder a la fijación de la residencia habitual del sujeto.

El legislador, tal vez para solventar los posibles problemas que pudieran plantearse en torno a la determinación de la permanencia, establece en el artículo 20.1.1^o último párrafo de la Ley 21/2001, una presunción en virtud de la cual «salvo prueba en contrario, se considera que una persona física permanece en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando en dicho territorio radica su vivienda habitual, definiéndose ésta conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del IRPF».

La inclusión de esta presunción *iuris tantum* supone, en primer término, reconocer en nuestro derecho el criterio de la vivienda que se establece en el modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE para el caso de conflicto en el momento de determinar la residencia⁵³.

Además, se mejora la prueba de la residencia en una determinada Comunidad Autónoma, pues, al aludir a un elemento físico, cual es el caso de la vivienda permanente, será mucho más fácil determinar la concurrencia de esta circunstancia. En torno al uso de este criterio se establecía por distintos autores⁵⁴, que «ubicar a los contribuyentes en el lugar donde tienen su vivienda habitual es la regla que mejor se corresponde con la realidad de las cosas y con las circunstancias de la mayor parte de los contribuyentes».

Sin embargo, y a pesar de lo útil que creemos que resulta este criterio por la facilidad de su prueba, el mismo no se ha utilizado en el momento de fijar la residencia en territorio español⁵⁵. Esta ausencia se critica por MARTÍN ABRIL⁵⁶ que destaca, que «de haberse incluido dicho concepto podríamos contar con un criterio más a la hora de delimitar la residencia». En torno a esta omisión podemos afirmar que efectivamente el legislador podía haber incluido el criterio del modelo de la OCDE, sin embargo, también es cierto que al encontrarnos ante un territorio de mayor extensión que en el caso

⁵³ Señalan ALMUDI CID y SERRANO ANTÓN («La residencia fiscal de las personas físicas en los Convenios de Doble Imposición internacional y en la normativa interna española». Estudios Financieros, núm. 221-222, agosto-septiembre, 2001, p. 86) que «la letra a) del 4.2 MCOCDE considera residencia de la persona física cuando existe conflicto, el lugar donde tiene la propiedad o el disfrute de una vivienda; esa vivienda en cualquiera de sus formas, debe ser permanente, es decir, la persona física la habrá amueblado o reservado, para su uso permanente, a diferencia de la estancia en un determinado lugar en condiciones tales que sea evidente que la misma se pretende de corta duración (viaje de placer, negocios, de estudios, asistencia a cursos,...)».

⁵⁴ AAVV. La cesión parcial del Impuesto sobre la Renta a las... Cit., p. 172.

⁵⁵ GÓMEZ CALLEJA, Isabel. («La residencia fiscal en las nuevas leyes de IRPF e IRNR. Posibles problemas de constitucionalidad». Gaceta Fiscal, núm. 1995, febrero, 2001, p. 48) destaca que «la legislación nacional deja de lado la determinación de la vivienda permanente, criterio al que si se acude en el caso de la residencia autonómica».

⁵⁶ MARTÍN ABRIL. Ley del IRPF y otras novedades fiscales para 1999. Cuadernos Cinco días. Centro de Estudios financieros, 1999.

autonómico, la prueba de la permanencia en el mismo plantea menores dificultades.

El legislador establece una presunción *iuris tantum*, por lo que si se prueba la permanencia en un determinado territorio distinto del de su vivienda habitual, la misma se destruirá. Esta prueba de permanencia se puede llevar a cabo, tanto, por parte de la Administración, como, del sujeto pasivo⁵⁷. Sin embargo la dificultad estará en probar de modo fehaciente que el sujeto pasivo no reside en el lugar en que está ubicada su vivienda habitual. Así *v.gr.*, será suficiente para destruir la presunción probar que el sujeto trabaja en otra Comunidad, por lo que pasa en la misma su jornada laboral, o habrá que probar este hecho expresamente.

Para finalizar el análisis de la presunción nos resta estudiar qué se entiende por vivienda habitual. En este aspecto el legislador establece una remisión al concepto que de la misma se recoge en la normativa reguladora del IRPF, es decir, al artículo 51 del RIRPF. El citado precepto señala, que con carácter general se considera vivienda habitual aquella edificación que constituya la residencia del contribuyente durante un plazo continuado de al menos tres años. Además, para que la vivienda se considere habitual, deberá ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por parte del contribuyente. No obstante el establecimiento de estos requisitos, el legislador admite que existen determinadas circunstancias que, por su carácter excepcional, no hacen perder a la vivienda el carácter de habitual, y así señala, que el fallecimiento del contribuyente u otras circunstancias que exigen el cambio de domicilio, tales como la celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo u otras análogas, eximen del cumplimiento de los requisitos antes establecidos.

En torno a este concepto, destacan RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN y ZABIA DE LA MATA⁵⁸, que se considera una definición demasiado rígida, y habría sido conveniente optar por un criterio más amplio, entendiendo así, que la vivienda habitual será «el lugar donde un sujeto habita con cierta permanencia, sin ningún tipo de exigencia mayor». Sin embargo, no encontramos ningún problema en interpretar el término vivienda habitual de un modo amplio, dado que en virtud de una interpretación teleológica de la norma creemos, que el legislador se quiere referir con vivienda habitual al lugar donde el sujeto suele residir de

⁵⁷ ORON MORATAL, Germán. «La residencia habitual como punto de conexión en los impuestos directos: problema actual y causa de próximas reformas legislativas». En AAVV Presente y futuro de la imposición directa en España. Asociación Española de Asesores Fiscales, Valladolid, 1997, p. 88.

⁵⁸ RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, María y ZABIA DE LA MATA, Elisa. «Los puntos de conexión en el nuevo modelo de...». Cit., p. 244.

forma continuada, y no de modo ocasional tal y como sucede en circunstancias tales como vacaciones, enfermedad, estudios...

Podemos cuestionarnos si es necesario que el sujeto ostente un derecho de propiedad sobre la vivienda, o si basta con que tenga derecho a permanecer en la misma por cualquier otro título, cual puede ser un derecho de usufructo, o de arrendamiento. Si bien es cierto que para la aplicación de la deducción por adquisición de vivienda habitual es necesario que se tenga en propiedad, no sucede lo mismo en el contexto ante el que ahora nos encontramos. Además, el legislador al definir qué se entiende por tal vivienda en ningún momento destaca la necesidad de ostentar el derecho de propiedad, sino, que únicamente alude a una permanencia efectiva y continuada, circunstancias éstas que pueden concurrir también en el caso de que el sujeto habite en la misma como consecuencia de un derecho de arrendamiento, de usufructo⁵⁹, de uso y habitación, o incluso en precario...⁶⁰.

Así pues, y teniendo en cuenta todo lo anterior, creemos que el legislador ha actuado correctamente determinando que la permanencia concurrirá en el lugar en el que radique la vivienda habitual del sujeto, pues será normalmente en él donde lleve a cabo su vida, y en el que disfrute mayormente de los servicios públicos. Además, tal y como señalamos, que nos encontremos ante un elemento físico cuya concurrencia es fácilmente constatable facilita enormemente la prueba de que la permanencia se ha producido.

4.1.2.2. Criterio del centro de intereses

El segundo de los criterios establecidos por la ley para fijar la residencia en una Comunidad Autónoma es el territorio donde el sujeto tenga su principal centro de intereses. La aplicación de este criterio es subsidiaria, y así lo destaca el propio legislador al afirmar, que se acudirá al mismo cuando no fuese posible determinar la residencia conforme al criterio de permanencia.

En cuanto a qué debemos entender por «el principal centro de intereses», el legislador nos ofrece una interpretación auténtica del

⁵⁹ MUÑOZ DEL CASTILLO «Gravamen autonómico o complementario... Cit., pp. 245 y 246.

⁶⁰ Señala la Comisión de Expertos (Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE. Apartados 12 y 13) que el primer criterio de reparto de la residencia es el lugar donde la persona tenga una vivienda permanente a su disposición. Puede tratarse de una casa o de un mero apartamento, en propiedad o arrendada, o incluso una habitación amueblada en alquiler. El requisito de permanencia exige que el interesado tenga un alojamiento a su disposición en todo tiempo de una manera continuada y no ocasional. De acuerdo con su tamaño y localización, la vivienda debe ofrecer al interesado una calidad de vida acorde con su forma habitual de funcionamiento. Debe tener asimismo la vivienda a su disposición de forma continuada.

concepto al señalar expresamente, que se considerará como tal «el territorio donde obtenga la mayor parte de la base imponible del IRPF determinada por los siguientes componentes: a) Rendimientos del trabajo, que se entenderán obtenidos donde radique el centro de trabajo respectivo, si existe; b) Rendimientos del capital inmobiliario y ganancias patrimoniales derivadas de bienes inmuebles, que se entenderán obtenidas en el lugar donde radiquen estos; c) Rendimientos derivados de actividades económicas, ya sean empresariales o profesionales, que se entenderán obtenidos donde radique el centro de gestión de cada uno de ellos».

A primera vista podríamos pensar que se usa el mismo criterio a nivel estatal que a nivel autonómico, sin embargo, el centro de intereses al que se alude a efectos de cesión, tiene poco, o nada que ver con el centro de intereses económicos al que se refiere la residencia habitual en España⁶¹.

El uso de este criterio para fijar la residencia ha sido objeto de diversas críticas por parte de la doctrina. En primer lugar, que a pesar de que el legislador alude al territorio donde se obtiene la mayor parte de la base imponible, luego, al determinar las rentas a considerar deja de lado, tanto los rendimientos del capital mobiliario como las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de bienes distintos de los inmuebles⁶².

Siendo conscientes de la omisión que de los citados rendimientos se produce creemos, que la misma se debe a que el legislador únicamente ha tenido en cuenta aquellos rendimientos cuya localización dentro del territorio de una determinada Comunidad Autónoma plantea menos problema, de hecho al fijar las rentas a considerar, se establece de forma expresa cuál será el territorio donde las mismas se entiendan obtenidas⁶³.

Asimismo, y en posible defensa a la norma fijada, debemos tener presente que en la mayoría de supuestos, los rendimientos que suponen la mayor parte de la base imponible de un sujeto provienen de los rendimientos que el legislador ha tomado en consideración.

⁶¹ FALCÓN Y TELLA, R. «Los puntos de conexión en los tributos cedidos: especial referencia a la «residencia» de las...». Cit., p. 7. PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel. «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Cit., p. 104. ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen... Cit., p. 154.

⁶² PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel. «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Cit., pp. 104 y 105. ADAME MARTÍNEZ, Francisco D. El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen... Cit., p. 155. AAVV. La cesión parcial del Impuesto sobre la Renta a las... Cit., p. 172.

⁶³ Afirma en torno a esta exclusión NÚÑEZ GRAÑÓN (Las desigualdades tributarias por razones familiares... Cit., p. 157) que «no se incluyen los rendimientos del capital mobiliario, exclusión que deriva, en nuestra opinión, por la dificultad de buscar un punto de conexión en relación con los mismos que evite el fraude ante la facilidad de trasladar estos bienes, posibilidad que resulta de mayor dificultad para los restantes rendimientos».

En segundo término se critica, que el legislador en el momento de fijar este criterio parece que «se aproxima a criterios propios de la obligación real, aunque manteniendo un gravamen único por la renta mundial del sujeto pasivo»⁶⁴. Afirma, igualmente, PÉREZ DE AYALA, que «cuando el legislador fija como punto de conexión para establecer el domicilio fiscal a aquél situado en el lugar donde se obtengan más rentas, está adoptando para un impuesto claramente personal, un criterio o punto de conexión característico de los impuestos de carácter real»⁶⁵.

Estamos de acuerdo con que parece optarse por criterios más propios de la obligación real, sin embargo debemos tomar como referencia el modo en que este criterio es utilizado. Así, el legislador intenta en el momento de determinar la residencia atender a circunstancias referidas a las personas, tales como la permanencia en un determinado territorio, y, sólo de forma subsidiaria utiliza el criterio que estamos analizando.

¿Qué otro criterio podría establecerse a la hora de fijar el centro de intereses de una persona, podría considerarse que es aquel territorio con el que existen lazos más estrechos? Evidentemente sí, sin embargo, en el momento de determinar el lugar concreto nos encontraríamos con un gran problema, pues, qué circunstancias tendríamos que tomar en consideración.

Por tanto, a pesar de la crítica que se le puede hacer a esta norma, la regla fijada por el legislador es un criterio automático u objetivo, que facilita de forma importante la determinación de la Comunidad Autónoma titular de la cesión, que es precisamente el objetivo a lograr con la fijación de estos criterios.

4.1.2.3. La cláusula de cierre

En último lugar señala la ley, que en aquellos supuestos en los que no fuese posible aplicar los criterios de permanencia y del centro de intereses, «se considerarán residentes en el lugar de su última residencia declarada a efectos del IRPF».

Nos encontramos, por tanto, ante lo que podemos denominar cláusula de cierre, pues el legislador parte de la idea de la generalización del ámbito de aplicación del IRPF, y así piensa que es ésta una norma práctica para lograr, que todo sujeto residente en España pueda ser ubicado en una determinada Comunidad Autónoma.

⁶⁴ FALCON Y TELLA, R. «Los puntos de conexión en los tributos cedidos: especial referencia a la «residencia» de las...». Cit., pp. 7 y 8.

⁶⁵ PÉREZ DE AYALA BECERRIL, Miguel. «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...». Cit., pp. 105.

Señala VILLARÍN LAGOS⁶⁶, que una «norma de cierre garantizará en la mayor parte de los casos la aplicación del impuesto cuando no pueda determinarse la residencia en una Comunidad Autónoma concreta de los residentes en España por permanencia».

De este modo, y con carácter general, debemos reconocer la utilidad del precepto, sin embargo existen supuestos en los que dicha cláusula de cierre no será suficiente, tales como, aquellos en los que los sujetos declaren por primera vez, o cuya última residencia declarada sea en el extranjero⁶⁷. Asimismo, qué sucede en aquellos casos en los que no hay obligación de presentar declaración, o incluso, qué ocurre si la última declaración del sujeto no se corresponde con la del año inmediatamente anterior, sino con una más lejana en el tiempo. Las lagunas mencionadas, si bien es cierto que pueden existir, creemos que se darán en pocas ocasiones, dado que la propia aplicación de esta regla es difícil, al ser la misma supletoria de las dos anteriores.

De encontrarnos ante supuestos en los que no sea posible la aplicación de la cláusula de cierre considera BOKOBO MOICHE⁶⁸, que la «Administración tiene que aceptar la residencia señalada por el contribuyente». Esta última afirmación lleva a esta autora⁶⁹ a destacar, que esta cláusula es una disposición supletoria, es decir, «una norma dictada con la finalidad de suplir un eventual desconocimiento de alguno de los elementos de la relación jurídica cuya constancia es necesaria para la correcta determinación del régimen jurídico aplicable»⁷⁰.

4.1.2.4. Otros criterios

Junto a los criterios generales de determinación de la residencia que son aplicables en aquellos supuestos en los que los sujetos son residentes en España de acuerdo con el criterio de permanencia, el legislador ha establecido también unas reglas especiales, para aquellos casos en que se es residente en virtud de otros criterios, tales como, el centro de intereses o la presunción familiar.

⁶⁶ VILLARÍN LAGOS, Marta. La cesión de impuestos estatales a las Comunidades... Cit., p. 201.

⁶⁷ RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, María y ZABIA DE LA MATA, Elisa. «Los puntos de conexión en el nuevo modelo...». Cit., pp. 244 y 245. BOKOBO MOICHE, Susana. Los puntos de conexión en los tributos autonómicos. Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 86.

⁶⁸ BOKOBO MOICHE, Susana. «Los puntos de conexión en...». Cit., p. 86.

⁶⁹ En igual sentido RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, María y ZABIA DE LA MATA, Elisa. «Los puntos de conexión en el nuevo modelo...». Cit., pp. 244 y 245.

⁷⁰ MARÍN BARNUEVO FABO, D. Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, p. 153.

El apartado 5 del artículo 20 de la Ley 21/2001 señala una de esas reglas especiales, y así afirma, que aquellas personas que sean residentes en territorio español, pero no en virtud del criterio de permanencia, se entenderá que residen en el lugar donde radique el núcleo principal o la base de sus actividades. Creemos que el legislador podía haber sido más explícito en el momento de determinar el supuesto al que se le aplica esta norma, pues tan solo se refiere a aquellos en los que el sujeto es residente en España por radicar en nuestro país su centro de intereses.

En este caso, el núcleo principal o la base de sus actividades se ha de entender, tal y como se hace en el artículo 9.1 b) del RDLeg 3/2004, de 5 de marzo, es decir, como «el centro de sus intereses vitales», con los problemas de indeterminación y prueba que la aplicación de este criterio trae consigo. Sin embargo, y teniendo presente que este centro de intereses ya se ha fijado a nivel estatal, existirán menos dudas a la hora de determinar la Comunidad Autónoma en concreto, si bien es cierto que en muchas ocasiones el sujeto podrá tener relación con más de una Comunidad Autónoma, debiendo en este supuesto optar por aquella con la que la vinculación sea más estrecha.

Tal vinculación se dará con la Comunidad Autónoma en la que la base de actividad sea mayor, bien por radicar en ella la sede de dirección efectiva de la misma, bien porque su volumen de actividad sea superior. Entre ambas circunstancias la primera será la que tengamos en cuenta, pues el volumen de actividad varía de un momento a otro, siendo, no obstante, una circunstancia más fácilmente probable.

La segunda regla especial en el momento de determinar la residencia habitual en una Comunidad Autónoma, es la aplicable en aquellos supuestos en los que el sujeto sea residente en virtud de la presunción familiar. Así destaca el artículo 20.6 de la Ley 21/2001, que el sujeto residente en virtud de la presunción familiar, se entenderá que reside en el territorio de la Comunidad Autónoma donde residen habitualmente el cónyuge no separado legalmente y los hijos menores de edad que dependan de él. En estos supuestos no existirán problemas en el momento de fijar la residencia, pues ya se habrá abordado esta cuestión al determinar de este modo la residencia habitual en nuestro país.

4.2. La residencia habitual como punto de conexión del Impuesto sobre el Patrimonio

En el caso del Impuesto sobre el Patrimonio se utiliza la residencia habitual del sujeto pasivo el día del devengo.

La elección del mencionado punto de conexión supone, que una Comunidad Autónoma es competente sobre la totalidad del Impuesto sobre el Patrimonio, en función de la residencia del sujeto, sin tener en cuenta en ningún caso la situación de los bienes que integran el patrimonio neto del mismo.

Así pues, podemos dudar sobre si este hecho no conlleva en cierta forma una vulneración del artículo 157.2 de la Constitución que prohíbe adoptar medidas sobre bienes situados fuera del territorio de la Comunidad Autónoma. Ante esta cuestión debemos afirmar nuevamente, que el Impuesto sobre el Patrimonio no grava la titularidad de cada uno de los bienes en concreto que integran el patrimonio de un sujeto, sino la titularidad de un patrimonio neto, como algo distinto de los elementos que lo integran⁷¹.

No obstante ser ésta la solución adoptada por el legislador podemos plantearnos, qué sucedería de utilizar el criterio de ubicación de los bienes. Si procediésemos así, las Comunidades tendrían derecho a la recaudación correspondiente a los bienes situados en su territorio, siendo por tanto este criterio en principio más justo que el elegido por el legislador. Sin embargo, si bien en relación con los bienes inmuebles es fácil su localización, qué criterios se utilizarían para el resto de bienes. ¿Habría, por tanto, que distinguir entre bienes inmuebles y el resto de bienes, señalando así, tal y como sucede en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones dos puntos de conexión: la ubicación de los bienes para los inmuebles, y el criterio de residencia habitual para el resto de casos?

El uso del criterio de ubicación suscita otro problema, pues en qué Comunidad Autónoma se entienden ubicadas las deudas que sirven para determinar el patrimonio neto del sujeto, e incluso a qué bienes le minoramos su valor en función del mínimo exento que se fija en el Impuesto sobre el Patrimonio.

Las múltiples cuestiones que surgen como consecuencia del uso del criterio mencionado hacen que encontremos razonable que el legislador haya optado por el criterio de la residencia para la totalidad de los bienes. Ahora bien, creemos que podría establecerse algún mecanismo de compensación, en virtud del cual, las Comunidades Autónomas en las que estuviesen situados los bienes inmuebles tuviesen derecho a parte de la recaudación procedente de los mismos, minorada, en todo caso, por la proporción de deudas y del mínimo exento que le corresponda.

⁷¹ Vid. DE LA PEÑA VELASCO, G. «Los recargos como recursos de las Comunidades Autónomas...». Cit., p. 390. VILLARÍN LAGOS, M. La cesión de impuestos estatales a las... Cit., p. 244.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. *Informe sobre la reforma del sistema de financiación autonómica*. IEF, Madrid, 2002
- ADAME MARTÍNEZ, F. *El sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen general*. Comares, Granada, 1996.
- ALMUDI CID, J. y SERRANO ANTÓN, F. «La residencia fiscal de las personas físicas en los Convenios de Doble Imposición internacional y en la normativa interna española». *Estudios Financieros*, núm. 221-222, agosto-septiembre, 2001, pp. 73 y ss.
- ARIAS VELASCO, J. «Concurrencia de Administraciones en la valoración fiscal» en *XXXV Semana de Estudios de Derecho Financiero*, IEF, Madrid, 1990.
- BANACLOCHE PÉREZ, J. «La cesión del Impuesto sobre el Patrimonio a las Autonomías». *Revista de Hacienda autonómica y local*, núm. 38, mayo-agosto, 1983, pp. 467 y ss.
- BOKOBO MOICHE, Susana. *Los puntos de conexión en los tributos autonómicos*. Lex Nova, Valladolid, 1998.
- CALVO ORTEGA. «La financiación de las regiones» en *Las autonomías regionales*. I. Aspectos políticos y jurídicos. *Informes al Instituto Nacional de Prospectiva*, Madrid, 1977.
- CASADO OLLERO, G.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M.; LASARTE ÁLVAREZ, J.; MARTÍN AYALA, J.M.; MARTÍN QUERALT, J.; PLAZA VILLASANA, L.; PÉREZ GARCÍA, F. «La cesión parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas a las Comunidades Autónomas». Comares, Granada, 1997.
- CAZORLA PRIETO, L. *El poder tributario en el Estado contemporáneo: un estudio*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- CENCERRADO MILLÁN, E. *El mínimo exento. En el sistema tributario español*. Marcial Pons, Madrid, 1999.
- CHECA GONZÁLEZ, C. «La delegación de competencias administrativas del Estado a las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos». *Revista de Hacienda autonómica y local*, núm. 38, mayo-agosto, 1983, pp. 309 y ss.
- DE LA PEÑA VELASCO, G. «Los recargos como recursos de las Comunidades Autónomas». *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 43, julio-septiembre, 1984, pp. 373 y ss.
- «El Impuesto sobre el Patrimonio Neto como medio de financiación de las entidades territoriales autónomas», en *AAVV La financiación de las autonomías*. Conselleria de Economía y Hacienda del País Valencià, Valencia 1979, pp. 147 y ss.
- DELGADO GONZÁLEZ, A. «La coordinación y colaboración en la inspección tributaria. Especial referencia a los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas». *Crónica tributaria*, núm. 53, 1985, pp. 325 y ss.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F. «El concepto de tributo cedido, con especial referencia al Impuesto sobre el Patrimonio». *Organización Territorial del Estado*. IEF, Madrid, 1984, vol. II, pp. 951 y ss.

- FALCON Y TELLA, R. «Los puntos de conexión en los tributos cedidos: especial referencia a la «residencia» de las personas físicas». *Quincena Fiscal*, núm. 3, febrero, 1997, pp. 5 y ss.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A. «La asunción autonómica de las competencias normativa y de gestión sobre los tributos cedidos». *Crónica Tributaria*, núm. 103, 2000, pp. 39 y ss.
- *La gestión de los tributos autonómicos*. Civitas, Madrid, 2000.
- GÓMEZ CALLEJA, I. «La residencia fiscal en las nuevas leyes de IRPF e IRNR. Posibles problemas de constitucionalidad». *Gaceta Fiscal*, núm. 195, febrero, 2001, pp. 42 y ss.
- HERRERA MOLINA, P. «Una decisión audaz del Tribunal Constitucional alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos». *Impuestos*, núm. 14, 1996, pp. 78 y ss.
- LACASA SALAS, J.H.; DEL PASO BENGEOA, J. *Procedimiento de la inspección de los tributos. Comentarios al Reglamento general*. CISS, Valencia, 1990.
- LAGO MONTERO, J.M. *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*. Aranzadi, Pamplona, 2000.
- «La distribución de competencias de gestión tributaria en el Impuesto sobre el Patrimonio». *Impuestos*, tomo I, 1994, pp. 118 y ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, J. «La financiación de las Comunidades Autónomas». *Documentación Administrativa*, núm. 181, enero-marzo, 1979, pp. 134 y ss.
- LINARES Y MARTÍN DE ROSALES, J. «La delegación en la gestión de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas». *XXXII SEDF Financiación de las Autonomías e infracciones y sanciones tributarias*. IEF, Madrid, 1986, pp. 213 y ss.
- MARÍN BARNUEVO FABO, D. *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*. Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
- MARTÍN ABRIL. *Ley del IRPF y otras novedades fiscales para 1999*. Cuadernos Cinco días. Centro de Estudios financieros, 1999.
- MARTÍNEZ LAFUENTE, A. «El régimen jurídico de la cesión de tributos a las Comunidades Autónomas» en *Organización territorial del Estado*. IEF, Madrid, 1984, volumen III, pp. 1857 y ss.
- MUÑOZ DEL CASTILLO, J.L. «Gravamen autonómico o complementario. Cuota diferencial». En *AAVV El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Lex Nova, Valladolid, 1999.
- NÚÑEZ GRANÓN, M. *Las desigualdades tributarias por razones de familia y de residencia*. IEF- Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ORON MORATAL, G. «La residencia habitual como punto de conexión en los impuestos directos: problema actual y causa de próximas reformas legislativas». En *AAVV, Presente y futuro de la imposición directa en España*. Asociación Española de Asesores Fiscales, Valladolid, 1997, pp. 79 y ss.
- PÉREZ DE AYALA BECERRIL, M. «La nueva regulación del domicilio fiscal a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en las Comunidades Autónomas».

- Estudios Financieros*, núm. 175, octubre, 1997, pp. 87 y ss.
- PÉREZ ROYO, J. *El nuevo modelo de financiación autonómica: análisis exclusivamente constitucional*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1997.
- PERULLES MORENO, J. «Gestión Tributaria» en *Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Vol. III*, IEA, Barcelona, 1990, pp. 715 y ss.
- PLAZA VILLASANA, L. "Los impuestos de sucesiones y transmisiones patrimoniales ante la nueva Ley de Cesión". *Palau 14*, núm. 27, septiembrediciembre, 1996, pp. 19 y ss.
- RAMOS PRIETO, J. *La cesión de impuestos del Estado a las Comunidades Autónomas*. Comares, Granada, 2001.
- RODRÍGUEZ-BEREIJO LEÓN, M. y ZABIA DE LA MATA, E. "Los puntos de conexión en el nuevo modelo de financiación autonómica". *Crónica Tributaria*, núm. 82-83, 1997, pp. 237 y ss.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. "La corresponsabilidad en el nuevo acuerdo para la financiación de las Comunidades Autónomas en el quinquenio 1997-2001". *Palau 14*, núm. 27, 1996, pp. 50 y ss.
- VILLARÍN LAGOS, M. *La cesión de impuestos estatales a las Comunidades Autónomas*. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ZORNOZA PÉREZ, J.J. "Corresponsabilidad fiscal y financiación de las Comunidades Autónomas: el modelo para el quinquenio 1997-2001". En AAVV, *El Estado de las Autonomías*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, tomo IV, pp. 4021 y ss.

DIVERSAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA MILITAR

POR
ADOLFO LUQUE REGUEIRO
FISCALÍA DE LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sumario: 1. REGULACIÓN POSITIVA. 2. CONFUSIONISMO TERMINOLÓGICO. 3. LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN. 4. ÓRGANOS ENTRE LOS QUE PUEDE PLANTEARSE ESTE TIPO DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 5. INICIO Y FORMACIÓN DE ESTOS CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN. 6. CONFLICTOS NEGATIVOS: ¿VACÍO NORMATIVO? 7. LOS "CONFLICTOS MAL FORMADOS": ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES. 8. TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS POR LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN.

1. REGULACIÓN POSITIVA

Esta materia de la que vamos a tratar, referida a los conflictos de jurisdicción producidos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción militar, se encuentra básicamente regulada en la Ley Orgánica 2/87, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales.

Siendo ello así, hay que comenzar advirtiendo que durante la tramitación de este tipo de conflictos de jurisdicción resultará muy probable que debamos acudir a otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no deberán perderse de vista, entre otras, la Ley Orgánica 2/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la Ley Orgánica 2/89, de 13 de abril, Procesal Militar, y la Ley 22/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Debe precisarse también que la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales no sólo contiene la regulación de los conflictos que puedan surgir entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Militar (al que dedica su Capítulo II, artículos 22 a 29, bajo la rúbrica "De los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la Jurisdicción Militar"), sino que también otorga regulación a los conflictos que se puedan producir entre la Jurisdicción Ordinaria y la Administración (Capítulo I, artículos 1 a 21, bajo la rúbrica "De los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la

Administración”), así como a los conflictos que puedan surgir entre la Jurisdicción Militar y la Administración (Capítulo III, artículo 30, bajo la rúbrica “De los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales de la Jurisdicción Militar y la Administración”) y también a los conflictos de la Jurisdicción Contable (Capítulo IV, artículo 31, bajo la rúbrica “De los conflictos de Jurisdicción Contable”).

Esta Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales sustituyó a la Ley de 17 de junio de 1948 que, inspirada en el principio de concentración de poderes propio de un régimen autoritario, atribuía al Jefe del Estado la competencia para resolver por decreto este tipo de conflictos jurisdiccionales. Lógicamente la vigente Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales se aparta de este régimen instaurando un nuevo sistema de solución de conflictos jurisdiccionales acorde con el nuevo orden constitucional, atribuyendo la competencia para resolverlos a órganos específicamente creados al efecto por la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en el caso que nos ocupa, es la denominada Sala de Conflictos de Jurisdicción.

En general, y tal y como se expondrá en posteriores epígrafes de este trabajo, la regulación del procedimiento para el inicio, formación y resolución de estos conflictos jurisdiccionales es objeto en esta Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales de una notoria simplificación, aunque como quedará de manifiesto, la aplicación práctica del mismo ha desvelado la existencia de alguna que otra laguna normativa.

2. CONFUSIONISMO TERMINOLÓGICO

Como ha quedado apuntado en el epígrafe anterior la vigente Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales otorga regulación no sólo a los conflictos que se pueden plantear entre la jurisdicción ordinaria y la militar, sino que también se ocupa de los conflictos que se puedan producir entre la jurisdicción (tanto ordinaria como militar) y la administración, y los que se produzcan con la denominada “jurisdicción contable”. Nos encontramos por tanto con que esta Ley regula conflictos jurídicos de muy distinta naturaleza jurídica, y aunque ello de por sí no debiera ser objeto de crítica alguna, sí que lo es en cambio el hecho de que a todos ellos se les agrupe bajo una única denominación de conflictos de jurisdicción.

Varias son las críticas que la doctrina ha realizado a este respecto, y así debemos comenzar señalando que autores como Almagro Nosete y Tomé Paule¹ inciden en el hecho de que se califiquen como

¹ Almagro Nosete, José y Tomé Paule, José “Instituciones de Derecho Procesal”, Tomo I, Proceso Civil, Madrid 1993.

“jurisdiccionales” aquellos conflictos en los que está involucrada la Administración, manifestando que otorgar naturaleza jurisdiccional a la Administración, como indirectamente se hace en esta Ley, al conceptuar los conflictos entre la Administración y la Jurisdicción como “jurisdiccionales”, no resulta fácilmente compatible con la concepción tradicional de la jurisdicción, sólo predicable de los Juzgados y Tribunales, tal y como recalca nuestro texto constitucional, cuyo artículo 117.3 refiere que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar los juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

Desde otro prisma debe también indicarse que, tal y como acertadamente señala Sánchez del Río², el utilizar una misma terminología para designar tanto los conflictos surgidos entre la Jurisdicción y la Administración, como los surgidos entre la Jurisdicción Ordinaria y la Militar podría haber tenido algún sentido cuando estaba vigente la antigua jurisdicción militar en la que la Autoridad Judicial era el Mando Militar³, y no un órgano judicial propiamente dicho, lo que motivaba que pudiera vislumbrarse cierta naturaleza administrativa. Sin embargo en la actualidad, con el nuevo régimen de la jurisdicción militar, integrada en la jurisdicción única preconizada en la Constitución, no puede aceptarse esta identificación terminológica de la que venimos hablando, pues la jurisdicción militar actual no es una jurisdicción de excepción sino una jurisdicción atribuida a jueces y tribunales que reúnen la condición de ser ordinarios. Así lo ha indicado reiteradamente el Tribunal Constitucional, pudiendo citarse, entre otras, la Sentencia nº 113/95, de 6 de julio de 1995 (Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando. Ref.-1995/3058. El Derecho-Base de Datos), que reconoce que la jurisdicción militar no es “excepcional”, es decir, “no ordinaria” pues no se compone de jueces y tribunales “ad hoc” o “ex post facto”, sino de jueces predeterminados por la ley y, por tanto, de jueces ordinarios a los efectos del artículo 24 de la Constitución.

Tradicionalmente los conflictos que se pueden producir entre órganos jurisdiccionales (Juzgados y Tribunales) y órganos administrativos

² Sánchez del Río y Sierra, Javier. “Los conflictos de jurisdicción” en “Comentarios a las Leyes Procesales Militares.” Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, pp. 955 y 956.

³ Estos Mandos Militares eran los competentes, entre otras cuestiones, para decretar o revocar el sobreseimiento de las causas, de decretar su nulidad, de promover y sostener su competencia, de disponer la celebración de los Consejos de Guerra designando a sus componentes y aprobar las Sentencias dictadas por éstos.

(Administración) quedaban enmarcados bajo el concepto de "cuestiones de competencia"⁴ y se reservaba la expresión "conflictos de competencia" para referirse a los que se pudieran producir entre órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales. En la actualidad, en nuestro ordenamiento jurídico vigente se distingue entre:

1. Conflictos de jurisdicción, que, pese a las objeciones antes apuntadas, incluirían todos los conflictos regulados en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.
2. Conflictos de competencia, que hace referencia a los conflictos que puedan producirse entre órganos judiciales de los distintos órdenes jurisdiccionales en los que el Poder Judicial está estructurado (artículos 42 a 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
3. Cuestiones de competencia, que incluye los conflictos que se produzcan entre órganos judiciales pertenecientes a un mismo orden jurisdiccional (artículos 51 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), o entre los órganos judiciales que integran la "Jurisdicción Militar" (artículos 20 y 21 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar).

No podemos concluir este epígrafe sin referirnos a otro problema con el que nos encontramos cuando hablamos de la terminología empleada en esta materia a la que venimos refiriéndonos, y es el relativo al hecho de que nuestro ordenamiento jurídico distinga y utilice distintas locuciones para referirse a los conflictos que se puedan producir entre la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria y los que se puedan producir entre los distintos órdenes jurisdiccionales, denominándolos respectivamente, tal y como ha quedado apuntado, "conflictos de jurisdicción" y "conflictos de competencia", pues ello tampoco tendría fácil encaje en un modelo de unidad jurisdiccional como el proclamado en el artículo 117.5 de nuestro texto constitucional. Hay que añadir que la diferenciación no sólo estriba en la terminología empleada en cada caso, sino que va más allá, pues se prevé un procedimiento diferente y además su resolución está encomendada a distintos órganos (respectivamente, a la Sala de Conflictos de Jurisdicción del artículo 39 de la LOPJ y a la Sala de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la LOPJ).

Todo lo aquí apuntado se reafirma con la lectura de los siguientes párrafos de la ya mencionada Sentencia del Pleno del Tribunal

⁴ Así ocurría en la antigua Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 1948, que tanto en su artículo 1, como en los Capítulos II y III los calificaban como "cuestiones de competencia", ello no obstante, debe apuntarse que parte de la doctrina prefería utilizar la acepción "conflicto de atribuciones".

Constitucional nº 113/95, de 6 de julio de 1995 (Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando. Ref.-1995/3058. El Derecho-Base de Datos), que de manera elocuente afirmó:

«En los momentos actuales, tras la evolución legislativa iniciada conforme a las previsiones constitucionales, la jurisdicción militar, "salvo aquello que define su especialidad y que justifica su existencia", goza de una total equiparación con la jurisdicción común u ordinaria. Desde luego, el status de sus miembros, en lo que supone de garantías propias de la jurisdicción, es equiparable. La inveterada distinción jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar ha perdido hoy toda sustantividad, quedando sólo como un modo de mencionar a una —ordinaria— con relación a otra.

Por ello, la expresión "Tribunales ordinarios" adoptada por el art. 53,2 CE no puede excluir a los Tribunales militares. No existe diferencia en la actuación jurisdiccional de unos y otros que autorice a temer una disminución de las garantías del justiciable cuando actúa la especial dentro del ámbito estricto que le es propio. El constituyente sin duda quiso rodear la protección o tutela de los derechos fundamentales de todas las garantías, que en aquellos momentos era posible pensar que sólo se hallaba en los jueces y magistrados pertenecientes al poder judicial. Hoy, equiparadas en garantías las dos únicas jurisdicciones existentes, integradas ambas en el seno del Poder Judicial, el legislador ha entregado también a la militar la tutela de los derechos constitucionales, como expresamente se dispone en los artículos que ahora se cuestionan. El término "Tribunales ordinarios" ya no es posible referirlo con exclusividad a los que integran la jurisdicción que conoce de los procesos comunes.

A esta conclusión no obsta que las leyes sigan conservando la terminología jurisdicción ordinaria y jurisdicción militar, así por ejemplo en el art. 22 LO 2/87, de conflictos jurisdiccionales, o en el art. 7 LO 2/89. No es más que un recurso verbal, un nominalismo sin otra consecuencia. En la actualidad "Tribunales ordinarios" sólo cabe oponerlos a los extraordinarios, lo que en modo alguno puede decirse de los militares, llamados también por la ley, una vez ultimado el proceso de unidad jurisdiccional conforme a las prescripciones constitucionales, a la tutela de los derechos fundamentales en los casos especiales que son de su conocimiento; por eso puede decir el art. 3 de su ley jurisdiccional que, en el ámbito de su competencia, todo órgano judicial militar será juez ordinario predeterminado por la ley. No es que juez ordinario se identifique con jurisdicción ordinaria, pero sí interesa tener en cuenta que los jueces militares, en su ámbito propio, se insiste, son ordinarios, esto es, tienen conferido con carácter común y normal determinadas competencias, entre ellas la tutela de los derechos fundamentales señalados en el

art. 53,2 CE que puedan verse afectados por sanciones disciplinarias. Y la disciplina, como ha dicho el TC en más de una ocasión (ATC 121/84), constituye una de las razones que justifican la existencia de la jurisdicción militar.»

3. LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

El artículo 22 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales dispone que los conflictos de jurisdicción entre los juzgados y tribunales ordinarios y los órganos de la jurisdicción militar serán resueltos por la Sala a que se refiere el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadiendo que ésta se denominará "Sala de Conflictos de Jurisdicción".

Este artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que esta Sala de Conflictos de Jurisdicción estará compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, por dos Magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y por dos Magistrados de la Sala de lo Militar⁵.

Continúa señalándose en este artículo 39 que todos estos miembros serán designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, debiendo precisarse que los miembros de esta Sala de Conflictos de Jurisdicción no son permanentes, sino que tal y como dispone el artículo 40 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sus componentes se renovarán anualmente.

También debe añadirse que si bien el referido artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial nada especifica en relación a cual debe ser la procedencia de los Magistrados de la Sala Quinta que integren esta Sala de Conflictos de Jurisdicción⁶, según nos señala Sánchez del Río y Sierra⁷, el Consejo General del Poder Judicial ha creado una norma consuetudinaria consistente en la designación siempre de uno procedente de la Carrera Judicial y uno de los procedentes del Cuerpo

⁵ La redacción original del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (vigente desde 3 de julio de 1985 hasta 30 de abril de 1988) era la siguiente: "Los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados o Tribunales y la jurisdicción militar serán resueltos por una Sala compuesta por el Presidente del Tribunal Supremo, que la presidirá, dos Magistrados de la Sala de lo Penal de dicho Alto Tribunal, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, y dos Consejeros Togados del Consejo Supremo de Justicia Militar designados por dicho Consejo."

⁶ El artículo 24 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar establece que de los ocho miembros que componen la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo cuatro procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar.

⁷ Sánchez del Río y Sierra, Javier. "Los conflictos de jurisdicción" en "Comentarios a las Leyes Procesales Militares." Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, pp. 955 y 956.

Jurídico Militar, trasladando así a la constitución de esta Sala de Conflictos de Jurisdicción, el criterio paritario configurado en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁸. Debe apuntarse, no obstante, que este criterio no siempre se ha cumplido, ya que en el año 1999 se designó a dos magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico Militar y en los años 1997 y 2004 a dos procedentes de la Carrera Judicial.

Por último restaría simplemente señalar que el ya reiterado artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que las funciones de Secretario de esta Sala de Conflictos de Jurisdicción serán ejercidas por el Secretario de Gobierno del Tribunal Supremo, y que el Presidente tendrá siempre voto de calidad en caso de empate.

4. ÓRGANOS ENTRE LOS QUE PUEDEN PLANTEARSE ESTE TIPO DE CONFLICTOS JURISDICCIONALES: ESPECIAL REFERENCIA A LA SALA QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En principio este punto podría parecer superfluo, pues pudiera pensarse que cualquiera de los órganos jurisdiccionales previstos en nuestro ordenamiento jurídico procesal puede verse involucrado en estos conflictos jurisdiccionales de los que venimos hablando, si bien, como se comprobará, ello no es así.

Para poder clarificar qué órganos judiciales pueden subsumirse dentro de las expresiones "Juzgados y Tribunales Ordinarios" y "Órganos de la Jurisdicción Militar", utilizadas por el artículo 22 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, habrá que acudir tanto a la Ley Orgánica del Poder Judicial como a la ya mencionada Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

Así, y respecto a los "Juzgados y Tribunales Ordinarios", deberemos trasladarnos al artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde encontramos la siguiente relación de órganos judiciales:

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.

⁸ Este artículo 29 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar dispone: "Cuando la Sala de lo Militar no se constituya con la totalidad de sus miembros, habrá paridad de Magistrados de una y otra procedencia, excluido el Presidente".

- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

Respecto a los "Órganos de la Jurisdicción Militar" habrá que acudir a la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar⁹, y en concreto a sus artículos 22 a 62, en los que encontraremos los siguientes órganos judiciales militares:

- Juzgados Togados Militares Territoriales.
- Juzgados Togados Militares Centrales.
- Los Tribunales Militares Territoriales.
- El Tribunal Militar Central.
- La Sala Quinta o de lo Militar del Tribunal Supremo.

Después de conocer cuáles son los órganos judiciales de ambas "jurisdicciones", deberemos analizar si nuestro ordenamiento jurídico hace algún tipo de referencia relativa a si todos ellos pueden plantear y sostener este tipo de conflicto jurisdiccional del que venimos hablando.

Así, en primer lugar y respecto a los "Órganos de la Jurisdicción Militar", debemos señalar que el artículo 19 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar dispone expresamente que todos los órganos judiciales militares podrán promover y sostener conflictos de jurisdicción con las Administraciones Públicas y con los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.

Y en segundo lugar, y respecto a los "Juzgados y Tribunales Ordinarios" deberemos comenzar apuntando que en cambio en la Ley Orgánica del Poder Judicial no encontraremos un precepto similar al mencionado de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, aunque sí debe añadirse a este respecto que si bien la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales no realiza tampoco concreción alguna respecto a la posibilidad de entablar conflictos entre la Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria, sí lo hace

⁹ Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar entró en vigor unos meses después que la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales y por ello la Disposición Transitoria Segunda de esta última estableció un régimen transitorio disponiendo textualmente que: "En tanto no se promulgue la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y a los efectos del artículo 30 tendrán competencia para promover y sostener conflictos jurisdiccionales con la Administración, las Autoridades Judiciales Militares que enumera el artículo 49 del Código de Justicia Militar y el Consejo Supremo de Justicia Militar, en el ámbito de sus respectivas competencias."

respecto a los conflictos que se puedan producir entre la Administración Pública y la Jurisdicción Ordinaria señalando textualmente en su artículo 2 que cualquier Juzgado o Tribunal podrá plantear conflictos jurisdiccionales a la Administración. Sin embargo, los Juzgados de Paz tramitarán la cuestión al Juez de Primera Instancia e Instrucción, que, de estimarlo, actuará conforme a lo dispuesto en el artículo 9.

A la vista de lo expuesto, y ante este silencio normativo, en principio debería entenderse que también cualquiera de los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria podrían plantear y sostener un conflicto jurisdiccional con un órgano judicial militar (con la particularidad señalada de los Juzgados de Paz, que interpreto será de aplicación también lo señalado en el artículo 2 de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, dada la especial naturaleza de estos órganos judiciales).

No obstante ello, debe decirse que debido al ámbito competencial atribuido a la jurisdicción militar¹⁰, en realidad resulta muy improbable que nos encontremos con un conflicto jurisdiccional en el que esté involucrado un Juzgado de Paz, de lo Social, de Menores o de lo Mercantil. Lo normal es que estos conflictos jurisdiccionales se produzcan con Juzgados de Instrucción y con Juzgados de lo Contencioso Administrativo, así como con los órganos judiciales

¹⁰ El artículo 4 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar señala que "la jurisdicción militar se extiende a materia penal, tutela jurisdiccional en vía disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, vengan determinadas por las leyes así como las que establezca la declaración de estado de sitio". Por otra parte, y respecto al ámbito competencial en materia penal el artículo 12 concreta que "en tiempo de paz, la jurisdicción militar será competente en materia penal para conocer de los siguientes delitos y faltas: 1. Los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el art. 14, en todos los demás casos la Jurisdicción militar conocerá de los delitos contenidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste. 2. Los cometidos durante la vigencia del estado de sitio que se determinen en su declaración, conforme a la Ley Orgánica que lo regula. 3. Aquellos que señalen los tratados, acuerdos o convenios internacionales en que España sea parte, en los casos de presencia permanente o temporal fuera del territorio nacional de Fuerzas o Unidades españolas de cualquier ejército. 4. En los casos del número anterior y cuando no existan tratados, acuerdos o convenios aplicables, todos los tipificados en la legislación española siempre que el inculcado sea español y se cometan en acto de servicio o en los lugares o sitios que ocupan Fuerzas o Unidades militares españolas. En este supuesto, si el inculcado regresare a territorio nacional y no hubiera recaído sentencia, los órganos de la jurisdicción militar se inhibirán en favor de la ordinaria, salvo en los supuestos contemplados en los núms. 1 y 2 de este artículo." Respecto a la competencia en materia contencioso-administrativa el artículo 17, dispone que "corresponde a la jurisdicción militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar".

superiores de estos ámbitos competenciales. En cuanto a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, hemos de decir que debido a su reciente implantación tampoco se ha producido de momento ningún conflicto, aunque a este autor no le cabe duda alguna en que no tardará mucho en plantearse el primero, pues la entrada en los ejércitos de la mujer está completamente consolidada, lo que ha provocado la existencia de matrimonios y relaciones de convivencia en la que los dos tienen condición militar. Por último, debe señalarse también que se ha producido algún conflicto en materia de vigilancia penitenciaria, como el resuelto por la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de fecha 30 de marzo de 2004 (Pte. Saavedra Ruiz, Juan. Ref.-2004/2319, Westlaw-Aranzadi) que resolvió el conflicto negativo de jurisdicción producido entre el Juzgado Togado Militar Territorial número 11 y de Vigilancia Penitenciaria de Madrid y el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional, al declararse ambos órganos jurisdiccionales incompetentes para conocer sobre propuestas de redención de penas por el trabajo realizadas por un condenado por la Audiencia Nacional durante el periodo de tiempo que permaneció ingresado en el Establecimiento Penitenciario Militar de Alcalá de Henares.

El análisis de este epígrafe no quedaría completo si no hacemos referencia a los supuestos en que el órgano de la jurisdicción militar involucrado en un conflicto jurisdiccional es la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

A la vista de lo que venimos diciendo pudiera pensarse que si ni el artículo 19 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar establecen restricción alguna sobre este particular no debiésemos encontrar problema en que la Sala Quinta del Tribunal Supremo se vea involucrada en un conflicto jurisdiccional de los que venimos hablando (es decir, de los resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), si bien, como veremos a continuación, varias son las Sentencias y los Autos dictados por distintas Salas del Tribunal Supremo que nos dicen lo contrario.

Así, al poco tiempo de haberse creado la Sala de Conflictos de Jurisdicción se plantearon ante ella una serie de supuestos en que los órganos jurisdiccionales en conflicto eran, por un lado, la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, por otro, el hoy inexistente Consejo Supremo de Justicia Militar (cuyo equivalente en el momento de resolverse estos conflictos ya era la recién creada Sala Quinta o de lo Militar del Tribunal Supremo). Pues bien, la Sala de Conflictos de

Jurisdicción defirió el conocimiento de los referidos conflictos a la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, señalando que los conflictos que se produzcan entre la Sala Quinta del Tribunal Supremo y las demás Salas de ese mismo Tribunal deberán considerarse como conflictos de competencia¹¹, argumentándose textualmente en estos Autos de fecha 13 de julio de 1988¹² que:

«...La jurisdicción militar forma parte integrante del Poder Judicial del Estado (artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio), y en el Tribunal Supremo de Justicia pasa a ser un orden jurisdiccional más que se suma a los cuatro órdenes de la jurisdicción ordinaria; ciertamente, la Ley expresada hace sólo referencia explícita a los conflictos de jurisdicción (artículo 19) y a las cuestiones de competencia (artículos 20 y siguientes), pero el artículo 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—reformado por la Ley Orgánica 4/1987— somete la Sala de lo Militar, supletoriamente, «al ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo», y ello autoriza para entender que en los conflictos con otras Salas del Tribunal debe prevalecer su condición de orden jurisdiccional, si es que se quiere mantener «la unidad en el vértice—según palabras del preámbulo de la Ley— de las dos jurisdicciones que integran el Poder Judicial». Por ende, nos hallaríamos ante un «conflicto de competencia» promovido entre dos Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, deferido al conocimiento y resolución de la «Sala Especial» del Tribunal Supremo prevista en el art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; otra solución conduciría a establecer distintas normas de procedimiento (las establecidas en el capítulo II de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo), y distinto órgano colegiado (la Sala de Conflictos de Jurisdicción del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reformado por la Ley Orgánica 4/1987) para los conflictos que se susciten entre la Sala Quinta de lo Militar con las demás Salas del Tribunal, rompiendo la unidad que se pretende realizar en el supremo nivel jurisdiccional. Sala esta última que debe reservarse,

¹¹ Tal y como señala este artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los conflictos de competencia son aquellos que se producen entre Juzgados o Tribunales de distinto orden jurisdiccional, integrados en el Poder Judicial, y se revolverán por una Sala Especial del Tribunal Supremo, presidida por el Presidente y compuesta por dos Magistrados, uno de cada orden jurisdiccional en conflicto, que serán designados anualmente por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

¹² Se trata de seis Autos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción que, erróneamente conceptuados como Sentencias, pueden encontrarse en la Base de Datos Westlaw-Aranzadi con los siguientes números de referencia: 1988/10316, 1988/10317, 1988/10318, 1988/10319, 1988/10320 y 1988/10321.

siguiendo las pautas marcadas en el artículo 39 citado, para los conflictos que se susciten entre los Juzgados y Tribunales de cualquier orden de la jurisdicción ordinaria y los «órganos judiciales militares...»

Atendiendo la doctrina jurisprudencial dimanante de estos seis Autos vemos que, cuando el otro órgano judicial en conflicto es otra de las Salas del Tribunal Supremo, en principio quedaría cercenada la posibilidad de que la Sala Quinta del Tribunal Supremo se vea involucrada en el tipo de conflictos jurisdiccionales de los que venimos hablando, y ello, tal y como se deduce de la lectura del razonamiento jurídico antes expuesto, porque la Sala Quinta o de lo Militar del Tribunal Supremo tiene una naturaleza especial que la distancia del resto de órganos judiciales militares, distinguiéndose entre "orden jurisdiccional militar", equiparado a los otros cuatro "órdenes jurisdiccionales" y compuesto únicamente por la Sala Quinta del Tribunal Supremo), y "órganos judiciales militares" (donde estarían el resto de órganos judiciales a que se refiere la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar).

A la vista de lo expuesto resultará necesario detenerse, si quiera, brevemente, en el análisis de la naturaleza de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, y para ello debemos comenzar llamando la atención de un hecho, que aunque pudiera parecer intrascendente, sin duda es indicativo de lo que se expondrá a continuación, nos estamos refiriendo al hecho de que en la enumeración de órganos jurisdiccionales que tanto de la jurisdicción "ordinaria" como de la "militar" anteriormente se hizo, hay uno que se repite, y este no es otro que el Tribunal Supremo (aunque en uno de los listados aparece mencionado sólo de manera parcial, citándose sólo a una de sus Salas, la Sala Quinta o de lo Militar).

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo fue creada por la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar¹³, que a través de su Disposición Adicional Sexta modificó el artículo 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que quedó redactado de la siguiente manera:

«El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera, de lo Civil.
- Segunda, de lo Penal.
- Tercera, de lo Contencioso-administrativo.

¹³ El Artículo 22 de esta Ley Orgánica dispuso: "Se crea, en el Tribunal Supremo, la Sala Quinta de lo Militar".

- Cuarta, de lo Social.
- Quinta, de lo Militar, que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la presente ley y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.»¹⁴

Esta Sala Quinta del Tribunal Supremo, al igual que el resto de órganos judiciales militares, aparece regulada en la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, en concreto en el Capítulo I del Título II (artículos 22 a 31), debiendo señalarse que una de las diferencias más llamativas que presenta respecto al resto de órganos judiciales militares es su composición.

Efectivamente el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar dispone que estará integrada por su Presidente y siete Magistrados, añadiendo a continuación que cuatro de los ocho miembros procederán de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar. Esta composición "mixta" no se da en el resto de órganos de la jurisdicción militar, que única y exclusivamente están integrados por miembros del referido Cuerpo Jurídico Militar¹⁵.

Respecto a los Magistrados procedentes de la Carrera Judicial señala el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que serán nombrados de igual forma que los demás Magistrados del Tribunal Supremo, y respecto de los Magistrados procedentes del Cuerpo Jurídico Militar el artículo 27 dispone serán nombrados por Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, y a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, entre la terna de Generales Consejeros Togados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso, que presente el Ministro de Defensa.

Interesa destacar también que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los órganos de la jurisdicción militar, el Artículo 28 de la

¹⁴ El Artículo 55 de la Ley Orgánica el Poder Judicial vigente desde 3 de julio de 1985 hasta 30 de abril de 1988 decía: «El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera, de lo Civil.
- Segunda, de lo Penal.
- Tercera, de lo Contencioso-administrativo.
- Cuarta, de lo Social.»

¹⁵ Esta composición mixta sólo encuentra alguna equivalencia en el órgano fiscal adscrito a esta Sala Quinta del Tribunal Supremo, denominado Fiscalía Togada, que según dispone el artículo 97 de la referida Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, el Fiscal Togado, que es el Fiscal Jefe de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, estará asistido, al menos, por un General Auditor y un Fiscal del Tribunal Supremo (de la Carrera Fiscal), añadiéndose además con respecto de este último, que seguirá el mismo régimen que los demás Fiscales de Sala del Alto Tribunal, para su nombramiento, cese y estatuto personal.

referida Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar señala que la toma de posesión de los miembros de la Sala procedentes del Cuerpo Jurídico Militar les conferirá de forma permanente la condición y estatuto personal de Magistrados del Tribunal Supremo a todos los efectos, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin poder volver a situación de actividad en las Fuerzas Armadas.

Todo lo hasta aquí manifestado pone de relieve que la Sala Quinta del Tribunal Supremo, a diferencia del resto de órganos judiciales militares está plenamente integrada en un órgano de la jurisdicción ordinaria, debiendo resaltarse asimismo que el ya mencionado artículo 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial especifica que supletoriamente se regirá por lo dispuesto en esa Ley Orgánica y por el ordenamiento común a las demás Salas del Tribunal Supremo.

En relación a todo lo anteriormente expuesto, consideramos que resulta de utilidad señalar que Pérez Esteban¹⁶ indicaba que la instauración en el vértice de la aplicación del derecho militar de una Sala del tribunal Supremo, como una más de las que componen el Alto Tribunal, por un lado, da entero cumplimiento a la previsión del artículo 123 CE, cuyo número 1 establece: "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" y, al mismo tiempo, satisface el principio de unidad que según el artículo 117.5 CE está en la base del funcionamiento de los Tribunales.

Pues bien, esta especial naturaleza de la Sala Quinta del Tribunal Supremo a la que estamos aludiendo también se ha puesto de manifiesto cuando ésta se ha visto involucrada en un "conflicto" con un órgano judicial de la "jurisdicción ordinaria" distinto a una de las demás Salas del Tribunal Supremo (que era el supuesto abordado por los seis Autos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 13 de julio de 1988 antes citados), pues como se verá, tampoco en estos supuestos podremos afirmar que estemos ante un conflicto jurisdiccional de los que venimos hablando, es decir, de los resueltos por la Sala de Conflictos de Jurisdicción del artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, varias son las ocasiones en que la Sala Quinta del Tribunal Supremo ha visto discutida su competencia por la Sala de lo

¹⁶ Pérez Esteban, Fernando. "La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la Jurisdicción Militar". Revista del Poder Judicial n° 55. Tercer Trimestre 1999. Página 5.

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional¹⁷. La primera vez que un supuesto de estos se planteó fue tratado en el Auto de 7 de octubre de 1991 de la Sala Quinta del Tribunal Supremo (Pte. Fernández Flores, Luís, página 510 y ss. de la Colección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Quinta de lo Militar) del año 1991, editada por el CGPJ-BOE), que al requerir de inhibición a la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y, ante la eventualidad de que se formase un conflicto jurisdiccional entre ambos órganos, textualmente argumentó en sus Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero que:

«... Segundo: Considerada, pues, la procedencia del requerimiento de inhibición a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, esta Sala Quinta del Tribunal Supremo se plantea el problema en términos -si llegara a producirse- de un conflicto de competencias entre el «orden jurisdiccional contencioso-administrativo» y el «orden jurisdiccional militar», por las siguientes razones:

1) Ante el texto del art. 117.5 de la Constitución que habla de «unidad jurisdiccional» y de «jurisdicción militar» y la creación de esta Sala Quinta en el Tribunal Supremo (art. 22 de la Ley Orgánica 4/1987 y reforma del art. 55 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, por la disposición adicional 6.ª de la primera) y el mantenimiento del concepto de «jurisdicción militar» (arts. 1 y otros de la Ley Orgánica 4/1987, de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar), cabe preguntarse qué es lo que ha querido hacer el legislador, si crear un nuevo «orden jurisdiccional» o mantener independiente, aunque dentro del «Poder Judicial», a la vieja «jurisdicción militar», tal como estaba concebida anteriormente.

2) Estudiando estos preceptos, así como los demás concordantes y la doctrina sentada por la Sala de Conflictos de Jurisdicción de este Alto Tribunal (Auto de 13 de julio de 1988 y otros posteriores), esta Sala Quinta llega a la conclusión de que la administración de la justicia militar se ha constituido, por así decirlo, en el plano orgánico, en dos niveles:

¹⁷ El ámbito competencial sobre el que surgen estos conflictos jurisdiccionales es el recogido, por un lado, en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, que señala que la Sala Quinta del Tribunal Supremo será competente para conocer "de los recursos jurisdiccionales en materia disciplinaria militar que procedan contra las sanciones impuestas o reformadas por el Ministro de Defensa, incluso las extraordinarias", y, por otro, en el Artículo 66 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por su parte especifica que "La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos de los Ministros y Secretarios de Estado que la ley no atribuya a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo".

1.º) el primero, en el que entra esta Sala, cúspide y vértice de la administración de esta justicia especial o especializada y donde se verifica la «unidad jurisdiccional», y que significa el establecimiento de un nuevo «orden jurisdiccional» análogo a los demás, civil, penal, contencioso-administrativo y social de este Tribunal, y 2.º) el de los demás órganos de la administración de justicia militar, que forman lo que propiamente se puede denominar la «jurisdicción militar»).

3) En consecuencia, los problemas de competencia que puedan plantearse, si lo son entre esta Sala Quinta y cualquier otro orden jurisdiccional, habrán de ser calificados como «conflictos de competencia» (art. 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en tanto que si se producen entre cualesquiera otros órganos de la administración de justicia militar o «jurisdicción militar» y otros órganos de la administración de justicia ordinaria habrán de ser calificados como «conflictos de jurisdicción» o, si se producen entre los propios órganos de la jurisdicción militar, como «cuestiones de competencia» (arts. 51 y 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 20 y 21 de la Ley Orgánica 4/1987, de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar). Y ésta es la razón por la cual la Ley Orgánica 4/1987, de Organización y Competencia de la Jurisdicción Militar, sólo se ocupa de los «conflictos de jurisdicción» y de las «cuestiones de competencia», pero no alude a los «conflictos de competencia» que son solamente un problema del «orden jurisdiccional militar, encarnado, como tal orden, solamente en esta Sala Quinta del Tribunal Supremo y que, conforme a la nueva redacción del art. 39.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (disposición adicional 5.ª de la Ley 4/1987), queda fuera de los propios «conflictos de jurisdicción», rigiéndose en los «conflictos de competencia» por los preceptos del capítulo II del título III del libro I de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tercero: Teniendo en cuenta esta realidad jurídica y que, por tanto, esta Sala Quinta del Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior del «orden jurisdiccional militar», sin que, jerárquica y orgánicamente dependa de ella la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, encuadrada en el «orden jurisdiccional contencioso-administrativo», cuyo órgano superior es la Sala Tercera de este Alto Tribunal, entiende esta Sala que, una vez determinada su propia competencia, lo procedente no es recabar las actuaciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sino simplemente requerir a la misma de inhibición para que resuelva lo que estime procedente...»

Idéntico criterio al expuesto se ha mantenido también por esta misma Sala Quinta del Tribunal Supremo en los distintos supuestos que se le han ido planteando (Autos de esa Sala Quinta del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1991 (no se especifica ponente, ni

aparece en ninguna base de datos, obra en el archivo de la Fiscalía Togada), de 2 de abril de 1993 (Pte. Tejada González, Luís. Archivo de la Fiscalía Togada) y de 24 de octubre de 1996 (Pte. Bermúdez de la Fuente, José Luís, archivo de la Fiscalía Togada).

Resulta especialmente esclarecedor a los efectos aquí pretendidos el Fundamento Jurídico Segundo del aludido Auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993 (Pte. Tejada González, Luís. Archivo de la Fiscalía Togada), en el que la Sala acordó no aceptar la inhibición de un procedimiento que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional le había remitido, manifestando textualmente que:

«Mas si ello es así, el camino a seguir no es el simple de la fijación de la propia competencia por el Tribunal Superior con respecto al inferior, remitiendo las actuaciones conforme a lo acordado en el art. 52 de la meditada Ley Orgánica del Poder Judicial, por la sencilla razón de que si bien la jurisdicción militar es en la actualidad parte de la jurisdicción, siendo inaplicable el art. 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por falta de contenido, al igual que lo es la civil, la penal, la administrativa y la laboral, no es del mismo «orden jurisdiccional» que la administrativa y, por ende, no es posible entender que en los casos como en los de autos nace una «cuestión de competencia» a dilucidar con la aplicación de los arts. 51 y 52 de la indicada Ley Orgánica del Poder Judicial; por el contrario, la cuestión planteada es un «conflicto de competencia negativo» derivado de la declaración de incompetencia decretada (aunque no muy correctamente) por la Sala de la Audiencia Nacional Sección Primera, conforme a lo autorizado en el núm. 6 del art. 9.º de la misma y que, en la actualidad tiene su cobijo en su art. 50 al ser —como en él se dice— los sujetos y pretensiones los mismos. Por ello, carece de facultad esa Sala de lo Militar (y viceversa) para remitir las actuaciones por ser «orden jurisdiccional» distinto, y pese a que ello redundaría en la economía procesal (fundamento de la protección jurisdiccional) pero la aplicación de lo dispuesto en el último de los preceptos citados impone que sea la Sala de Conflictos del art. 42, la que resuelva la doble falta de jurisdicción, previa la interposición en el plazo de diez días del recurso que allí indica, por lo que a la parte recurrente así se le advierte, debiendo notificarle esta resolución a los indicados efectos.»

A lo hasta aquí expuesto debe añadirse que por su parte la Sala Especial del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial asumió este planteamiento, resolviendo estos «conflictos» sin plantear objeción alguna. Así, podríamos citar los Autos de esa Sala de Conflictos de Competencia de fecha 24 de junio de 1993 (Pte. Lescure Martín,

Gustavo. Ref.-1993/6211. El Derecho-Base de Datos), de 27 de diciembre de 1993 (Pte. Sala Sánchez, Pascual. Ref.-1993/11886. El Derecho-Base de Datos) y de 18 de junio de 1995 (Pte. Cid Román, Fernando. Ref.-1995/7155. El Derecho-Base de Datos).

Debe también reseñarse que este criterio se ha venido manteniendo a lo largo del tiempo, y así, de fecha mucho más reciente podemos citar el Auto de 17 de junio de 2002 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Pte. Yagüe Gil, Pedro José. Base de Datos del Tribunal Supremo), que de nuevo resolvió un conflicto positivo planteado entre la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala Quinta del Tribunal Supremo en relación a la competencia para conocer de la impugnación jurisdiccional que se había hecho de una resolución del Director General de Personal del Ministerio de Defensa, en la que se acordaba la pérdida de la condición de militar de carrera de un Subteniente, como consecuencia de la imposición de la sanción de separación de servicio impuesta por el Ministro de Defensa.

En definitiva, esta doctrina jurisprudencial nos lleva a la conclusión de que la especial naturaleza de la Sala Quinta del Tribunal Supremo no sólo impediría a ésta verse involucrada en el tipo de conflicto jurisdiccional de los que venimos hablando, cuando el otro órgano judicial en conflicto es otra Sala del Tribunal Supremo (tal y como señalaban los Autos de 13 de julio de 1988 de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales antes mencionados), sino también cuando sea cualquier otro órgano de la "jurisdicción ordinaria", debiendo tratarse en todo caso como un conflicto de competencia, a resolverse por la Sala Especial del Tribunal Supremo a que se refiere el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y ello porque podría afirmarse que la Sala Quinta del Tribunal Supremo no estaría incluida dentro del concepto de la "jurisdicción militar" a que se refiere la Ley Orgánica de Conflictos de Jurisdicción, pues tal y como se ha afirmado en las resoluciones antes expuestas es orden jurisdiccional militar, equiparado a los otros cuatro ordenes jurisdiccionales que integran el Poder Judicial.

Y por último, no podemos dejar de mencionar las interesantes reflexiones realizadas por Jiménez Villarejo¹⁸ que sobre este particular señaló que este criterio viene siendo aplicado desde entonces, pacíficamente, siempre que se plantea una cuestión de competencia —empleada la expresión en su sentido más amplio— entre la Sala 5ª y cualquier otro

¹⁸ Jiménez Villarejo, José en "Comentarios a las Leyes Procesales Militares." Ministerio de Defensa. Secretaria General Técnica, p. 68.

órgano de la jurisdicción ordinaria. El hecho de que esta especie de conflictos no sean considerados de jurisdicción —que resuelve, cuando se suscitan entre los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria y los órganos de la jurisdicción militar, la Sala prevista en el artículo 39 de la LOPJ— sino de competencia —que resuelve la Sala prevista en el artículo 42 de la LOPJ— es demostración evidente de que, para la doctrina jurisprudencial, la unificación de las dos jurisdicciones, al menos en el nivel del Tribunal Supremo, se ha llevado a cabo hasta en sus últimas consecuencias. No es aventurado afirmar, por ello, que en la Sala 5ª se ha realizado el principio de unidad jurisdiccional.

5. INICIO Y FORMACIÓN DE ESTOS CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Como quedó apuntado al inicio de este Trabajo el procedimiento que se ha de seguir cuando nos encontramos ante un conflicto jurisdiccional entre órganos de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción militar se encuentra regulado en el Capítulo II de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, artículos 22 a 29¹⁹.

Hasta que el conflicto queda formalmente planteado ante la Sala de Conflictos de Jurisdicción podríamos distinguir dos momentos procesales diferenciados. Así encontraríamos un momento inicial (artículo 23) en el que el juez valora y decide si debe requerir de inhibición al otro órgano judicial, y un segundo momento, en el que el requerido decide aceptar o no tal requerimiento, formalizándose en su caso el conflicto jurisdiccional (artículos 24 a 26).

Lo que podríamos denominar como inicio de estos conflictos jurisdiccionales está regulado en el Artículo 23 de la referida Ley, que textualmente dice:

1. El Juez o Tribunal que, por propia iniciativa o a instancia de parte, considere de su jurisdicción un asunto del que esté

¹⁹ Varias son las leyes que se refieren a este procedimiento, así, por un lado encontramos Ley Orgánica del Poder Judicial que en su artículo 41 señala que el procedimiento, la tramitación y decisión de los conflictos de jurisdicción se ajustarán a lo dispuesto en la ley, de otro lado vemos que la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar dispone en el párrafo segundo de su artículo 19 que el procedimiento para su tramitación será el establecido en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales, y por último no debe olvidarse que por su parte la Ley Procesal Militar en su artículo 7 señala que los conflictos de jurisdicción entre los órganos judiciales militares y la Administración, o entre aquéllos y los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria serán resueltos por los órganos y mediante el procedimiento a los que se refiere la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

conociendo un órgano de la jurisdicción militar, solicitará el informe del Ministerio Fiscal, que deberá evacuarlo en término de cinco días. Si decide a su vista formalizar el conflicto de jurisdicción, se dirigirá directamente al órgano de la jurisdicción militar requerido.

2. Si un órgano de la jurisdicción militar considera de su jurisdicción un asunto del que esté conociendo un Juez o Tribunal ordinario, solicitará el parecer del Fiscal Jurídico Militar. Si visto éste, decide formalizar el conflicto, se dirigirá directamente al Juez o Tribunal requerido.
3. En los dos supuestos previstos en los párrafos anteriores, el requerimiento deberá ir acompañado de una exposición de los argumentos jurídicos y preceptos legales en que se funda.

Puede apreciarse que el legislador ha optado por regular de manera separada el inicio de estos conflictos de jurisdicción en función de si lo inicia un órgano judicial ordinario o uno militar.

En principio, pudiera parecer que la regulación es completamente paralela, distinguiéndose sólo en la previsión de que si lo inicia un órgano judicial ordinario interviene el Fiscal "ordinario" y si lo hace un órgano judicial militar interviene la Fiscalía Jurídico Militar²⁰.

Si bien, examinado detenidamente este precepto sí que se encuentra otra diferencia, que en su caso pudiera tener mayor trascendencia que la antes aludida, y es la referente a que sólo en los casos en que el conflicto se inicia a instancias del juez ordinario, éste puede hacerlo de oficio o a instancia de parte, opción esta que pudiera considerarse aparece cercenada en el caso de que se inicie por un órgano judicial militar. Efectivamente, este artículo 23 no prevé expresamente que un juez militar pueda, a instancia de parte, requerir de inhibición a un juez ordinario, circunstancia ésta que Gil García y Pérez Parente²¹ interpretan como una consecuencia de la vis atractiva de la ordinaria.

Por otra parte no debe dejar de apuntarse que los informes emitidos por el Ministerio Público (ya sea el Fiscal Jurídico Militar o el Ministerio Fiscal, tal y como distingue la Ley) son preceptivos pero no vinculantes, pues el tenor literal de este artículo 23 (señalando en su n° 1 que "si decide a su vista formalizar el conflicto de jurisdicción, se

²⁰ El artículo 87 de la Ley Orgánica de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar establece que la Fiscalía Jurídico Militar, dependiente del Fiscal General del Estado, con la organización que se establece en esa Ley, forma parte del Ministerio Fiscal.

²¹ Gil García, Olga y Pérez Parente, José Alberto. "La manifestación jurisdiccional militar: sus límites y extensiones a propósito de la resolución de conflictos de jurisdicción". Revista del Poder Judicial n° 52. Cuarto Trimestre 1998, p. 8.

dirigirá directamente al órgano de la jurisdicción militar requerido" y en su n° 2 que "si visto éste, decide formalizar el conflicto, se dirigirá directamente al Juez o Tribunal requerido") no creemos que deje lugar a dudas a cerca de que se pueda formalizar el conflicto jurisdiccional contra el criterio del Fiscal o viceversa, esto es, no formalizarlo pese a que el informe fiscal sugiera o señale lo contrario.

En cuanto al segundo momento procesal al que antes aludíamos, y que podríamos conceptualizar como *formación de los conflictos jurisdiccionales* deberemos acudir primordialmente a los artículos 24 a 26 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales.

El artículo 24 nos dice que una vez recibido el requerimiento, "el órgano requerido actuará según lo previsto en los párrafos 1° y, en su caso 2° del artículo 11 de esta misma Ley". Analicemos qué disponen estos párrafos:

- El párrafo 1° de este artículo 11 establece que tan pronto se reciba el oficio requiriendo de inhibición se suspenderá la tramitación del asunto cuestionado hasta que el conflicto planteado se resuelva, pero adoptando en todo caso con carácter provisional las medidas imprescindibles para evitar que se eluda la acción de la justicia, que se cause grave daño al interés público o que se originen daños graves e irreparables.
- Y el párrafo 2° de este artículo 11 por su parte dispone que cuando el requerimiento se dirija a un órgano jurisdiccional del orden penal o que está conociendo de un asunto tramitado por el procedimiento preferente para la tutela de los derechos y libertades fundamentales previsto en el artículo 53.2 de la CE no se suspenderá el procedimiento, sino, en su caso, hasta el momento de dictar sentencia.

Continúa diciendo este artículo 24 que dará vista a las partes y al Ministerio Fiscal o Fiscal Jurídico Militar, según corresponda, por plazo común de diez días, transcurrido el cual dictará auto, contra el que no cabrá recurso alguno, manteniendo o declinando su jurisdicción.

En este momento del procedimiento debemos distinguir entre el supuesto en que el órgano jurisdiccional requerido de inhibición acepte declinar su competencia (en cuyo caso no habrá ningún tipo de conflicto) y el supuesto en que se acuerde no aceptarla, pretendiendo mantener su competencia (en cuyo caso nos encontraremos ante un conflicto de jurisdicción positivo).

En el primer supuesto, el artículo 25 dispone que cuando el órgano jurisdiccional requerido muestre su conformidad con el oficio de inhibición, lo hará saber inmediatamente al órgano que tomó

la iniciativa, remitiéndole las actuaciones y extendiendo la oportuna diligencia.

En el segundo supuesto, en que los dos órganos jurisdiccionales (requirente y requerido) se consideren competentes para conocer el asunto debatido, el artículo 26 dispone que si el órgano jurisdiccional requerido decide mantener su jurisdicción, lo comunicará inmediatamente al órgano requirente, anunciándole que queda así planteado formalmente el conflicto de jurisdicción y que envía en el mismo día las actuaciones a la Sala de Conflictos de Jurisdicción, instándole a que él haga lo propio. Además se añade que no obstante, ambos órganos conservarán los testimonios precisos para garantizar las medidas cautelares que, en su caso, hubiera adoptado al amparo de lo previsto en el antes mencionado artículo 11.

6. CONFLICTOS NEGATIVOS: ¿VACÍO NORMATIVO?

La Ley de Conflictos Jurisdiccionales dedica su artículo 27 a regular el procedimiento a seguir en los conflictos negativos de jurisdicción (que son aquellos, en los que ninguno de los órganos judiciales se considera competente para conocer un asunto). Este artículo dice expresamente:

1. Quien viere rechazado el conocimiento de un asunto de su interés, tanto por los Jueces y Tribunales ordinarios como por los órganos de la jurisdicción militar, podrá instar un conflicto negativo de jurisdicción.
2. A tal fin, deberá agotar la vía jurisdiccional, ordinaria o militar, por la que inicialmente hubiera deducido su pretensión, y se dirigirá después a la alternativa acompañando copia auténtica o testimonio fehaciente a la que inicialmente se dirigió.
3. Si también este órgano jurisdiccional se declara incompetente, podrá formalizar sin más trámite, y en el plazo improrrogable de quince días, el conflicto negativo de jurisdicción mediante escrito dirigido a la Sala de Conflictos de Jurisdicción, al que se acompañarán copias de las resoluciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria y militar y que se presentará ante el órgano de aquélla que se hubiera declarado incompetente. Este elevará las actuaciones a la Sala de Conflictos, y requerirá al órgano de la jurisdicción militar que hubiera intervenido para que actúe de igual forma, todo ello en el plazo de diez días.
4. En todo caso, se notificarán al interesado las resoluciones que se adopten.

Varias son las objeciones que pueden hacerse a la regulación que este artículo 27 otorga a estos conflictos negativos de jurisdicción:

- a) En primer lugar debe advertirse que si siguiéramos el tenor literal de este artículo 27 nos encontraríamos con que el Ministerio Fiscal no tendría intervención alguna en el inicio y formación de estos conflictos. Sin duda estamos ante un olvido del legislador, pues carece totalmente de sentido que en cambio sí prevea su intervención en los conflictos positivos. A este respecto compartimos plenamente el criterio expresado por Sánchez del Río²², quien entiende que para que los órganos judiciales involucrados en un conflicto negativo puedan dictar una resolución declarando su incompetencia (o falta de jurisdicción) será necesaria la audiencia del Ministerio Fiscal, no sólo por aplicación supletoria de los artículos de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales relativos a los conflictos positivos, sino por imperativo del artículo 8.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal²³. En definitiva, consideramos que no debe albergarse duda alguna de que, al igual que ocurre en los conflictos positivos, el órgano jurisdiccional deberá dar traslado al Fiscal con carácter previo, tanto para declinar su jurisdicción sobre un asunto a favor del que estime competente, como para aceptar o rechazar tal declinación jurisdiccional.
- c) Y en segundo lugar ha de señalarse que tan sólo prevé la posibilidad de que el conflicto negativo se formalice por "quien viere rechazado el conocimiento de un asunto de su interés", es decir a instancia de parte, no previéndose que el órgano judicial acuerde, de oficio, su formalización. Este problema fue puesto de manifiesto por primera vez por la Fiscalía Togada en el Informe emitido durante la tramitación del conflicto de jurisdicción nº 13/94, en el que no sólo se alertaba de la laguna normativa detectada, sino que incluso se planteaba una posible solución a la misma, respondiendo textualmente la Sala de Conflictos de Jurisdicción en Sentencia de la de 17 de marzo de 1994 (Pte. Bermúdez de la Fuente, José Luis. Ref.-1994/6921. El Derecho-Base de Datos) lo siguiente:

«Un tema o cuestión previa a la resolución del presente conflicto nos suscita el Mº Fiscal, en su preceptivo informe, y es el relativo a la

²² Sánchez del Río y Sierra, Javier. "Los conflictos de jurisdicción" en "Comentarios a las Leyes Procesales Militares." Ministerio de Defensa. Secretaria General Técnica. , p. 957.

²³ Este artículo 8.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: "Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros".

normativa procesal aplicable a los conflictos negativos de jurisdicción, planteados de oficio, sin iniciativa alguna de parte y de cuya aplicación al caso dependerá que pueda considerarse bien o mal planteado el conflicto en cuestión.

Sobrada razón asiste a dicho Ministerio cuanto apunta la laguna legal existente sobre dicho tema o cuestión, a la que da solución, acudiendo a la aplicación de la normativa procesal penal sobre cuestiones negativas de competencia y, en concreto, del art. 46 LECr.

Ciertamente, ni los arts. 22 a 29 LO 2/1987 de 18 mayo, de Conflictos jurisdiccionales, ni las remisiones que a la misma hacen los arts. 41 LOPJ, 19 LOCOJM y 7 Ley procesal militar, nos desvelan cuál sea el concreto trámite a seguir en los conflictos negativos de jurisdicción, cuando su promoción tenga lugar de oficio.

Por ello nos parece aceptable la sugerencia de aplicación a dichos supuestos de las normas sobre cuestiones negativas de competencia en el orden penal, a las que se refieren —para la jurisdicción penal ordinaria— los arts. 46 y 47 LECr., y —para la jurisdicción militar— el art. 21 Ley procesal militar, mucho más expresivo este último que aquéllos, al establecer unas exigencias procesales concretas, plazos y actuación más acordes a la simplificación procesal que predica la antes citada ley de conflictos jurisdiccionales, y a la configuración de un conflicto negativo en el que, rehusando dos órganos jurisdiccionales el conocimiento de un mismo asunto, solamente uno de ellos tiene actuaciones de naturaleza material y es al que incumbe promover la resolución del conflicto negativo por la Sala especial, una vez que el inicialmente requerido a aceptar el conocimiento lo hubiere rechazado y siempre que aquél persistiere en las razones de inhibición.»

La solución aquí adoptada fue ratificada pocos años después en la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 5 de marzo de 1997 (Pte. Bermúdez de la Fuente, José Luis. Ref.-1997/11597. El Derecho-Base de Datos), manifestando en su Fundamento Jurídico Primero que esa Sala ya estudió dicha laguna legal, resolviéndola, a iniciativa del Ministerio Fiscal, mediante la aplicación a los conflictos negativos de jurisdicción de las normas procesales penales sobre cuestiones negativas de competencia, y en concreto los artículos 46 y 47 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el artículo 21 de la Ley Procesal Militar, más expresivo este último en cuanto a los trámites a seguir para promover el conflicto.

A la vista de ello resultará de utilidad reproducir lo manifestado en los mencionados artículos que, como ha quedado indiciado, contienen el régimen jurídico para colmar la laguna normativa de la que venimos hablando. Así, por un lado encontramos que el Artículo 21 de la Ley Procesal Militar dispone que:

«En las cuestiones de competencia negativa se observarán las siguientes normas:

1. El Juez o Tribunal que se considere incompetente se inhibirá, remitiendo las actuaciones originales, al que estime competente, quien en término de cinco días decidirá si acepta o no su conocimiento. En ambas resoluciones será preceptivo el informe del Fiscal Jurídico Militar.
2. En el caso de que acepte la competencia, lo comunicará al remitente para que de inmediato ponga a su disposición a los inculcados y piezas de convicción.
3. Si rechazara el conocimiento, devolverá los autos al remitente, que resolverá en término de cinco días, si desiste de la inhibición planteada o la sostiene. En este último supuesto elevará las actuaciones al Tribunal al que corresponda decidir la cuestión, comunicándolo al otro Juez o Tribunal para que eleve las actuaciones que radiquen en su jurisdicción.»

La Ley de Enjuiciamiento Criminal por su parte establece en su Artículo 46 que “cuando la cuestión de competencia empeñada entre dos o más Jueces o Tribunales fuere negativa por rehusar todos entender en la causa, la decidirá el Juez o Tribunal superior y en su caso el Supremo, siguiendo para ello los mismos trámites prescritos para las demás competencias” y el Artículo 47 añade que “en el caso de competencia negativa entre la jurisdicción ordinaria y otra privilegiada, la ordinaria empezará o continuará la causa”.

Respecto a este último artículo citado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta obligado añadir que compartimos plenamente el planteamiento realizado por Gil García y Pérez Parente²⁴, que señalan que la disposición derogatoria primera de la ley de conflictos, no anula expresamente este artículo, aunque cabría hacerlo por aplicación de la segunda, cuando se refiere a la derogación de todo lo contrario a lo previsto en esta ley. Cabedo Nebot²⁵, añade otro motivo por el que entiende derogado este apartado. Expone que tal artículo estaba pensado para aquellos momentos en los que por cuestión de competencia se entendía todo conflicto jurisdiccional, sin embargo, hoy sólo la entablada dentro del mismo orden jurisdiccional lo es, y dentro del tal

²⁴ Gil García, Olga y Pérez Parente, José Alberto. “La manifestación jurisdiccional militar: sus límites y extensiones a propósito de la resolución de conflictos de jurisdicción”. Revista del Poder Judicial n° 52. Cuarto Trimestre 1998. Página 8.

²⁵ Cabedo Nebot, Ricardo. “La Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y Jurisprudencia”. Madrid. 1990. Página 55.

orden no existe jurisdicción privilegiada. De esta manera debemos entender que con la Constitución de 1978 en vigor, no se pueden admitir jurisdicciones de este tipo por ser contrarias al principio de igualdad, y aún sin esta consideración, sería exagerado catalogar de privilegiada a la manifestación jurisdiccional castrense actual.

7. LOS "CONFLICTOS MAL FORMADOS": ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Lo que hoy conocemos como "conflicto de jurisdicción mal formado" es un concepto que ha sido acuñado por la propia Sala de Conflictos de Jurisdicción, refiriéndose con él a aquellos conflictos jurisdiccionales en los que uno de los órganos judiciales involucrados no estaba conociendo del asunto en cuestión en el momento de trabarse el conflicto porque ya había archivado (o sobreesido provisionalmente) su procedimiento.

Resulta especialmente ilustrativa a estos efectos la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de junio de 1993 (Pte. Delgado García, Joaquín Ref.-1993/6189. El Derecho-Base de Datos) que, en su Fundamento de Derecho Único, argumenta que:

«Para que exista un conflicto de jurisdicción es necesario que dos órganos pretendan conocer del mismo asunto (conflicto positivo) o los dos entiendan que a ninguno de ellos le corresponde (conflicto negativo) lo que no ocurre en los casos como el presente, en el cual uno de tales dos órganos no entra en disputa porque ya no entiende del asunto al haberlo archivado».

Nada tienen que ver estos "conflictos mal formados" con los supuestos recogidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales que, recordemos, impide que se puedan plantear conflictos de jurisdicción "en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencia firmes o pendientes sólo de recurso de casación o de revisión", supuestos sobre los que también la Sala de Conflictos de Jurisdicción ha tenido ocasión de pronunciarse en alguna ocasión. Así, debe mencionarse la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1992 (Pte. Gimeno Amiguet, Arturo. Ref.-1992/10643. Westlaw-Aranzadi), cuyo Fundamento Jurídico Único señala que "como expresamente dice el art.7 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, no podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por sentencia firme, circunstancia

que concurre en el caso de autos, lo que obliga necesariamente a declarar mal planteado el conflicto con devolución al Juzgado de Instrucción", añadiendo más adelante que ello obligaba a esa Sala de Conflictos a resolverlo, declarando que "estando ya resuelto el tema debatido por sentencia firme, no hay materia litigiosa que pueda ser objeto de conflicto de jurisdicción".

Debe resaltarse que, quizás para diferenciarlo de los "conflictos mal formados" a los que nos estamos refiriendo, curiosamente en este caso la Sala de Conflictos de Jurisdicción utilizó una terminología diferente pues, como ha quedado resaltado, se empleó la expresión "mal planteado" en lugar de "mal formado", siguiendo así la terminología empleada en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales, que textualmente dispone que el Tribunal podrá también declarar que el conflicto fue planteado incorrectamente, en cuyo caso ordenará la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procedimental.

Pues bien, una vez delimitado qué supuestos deben en principio incluirse dentro del concepto de "conflicto mal formado", se ha de proceder a exponer cuál ha sido la doctrina jurisprudencial inicialmente vertida al respecto, para lo que debemos volver a citar la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 24 de junio de 1993 (Pte. Delgado García, Joaquín. Ref.-1993/6189. El Derecho-Base de Datos), que argumenta lo siguiente:

«...Como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal en su informe remitido a esta Sala, los núms. 1 y 2 del art. 23 de la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, reguladora de los conflictos jurisdiccionales como el ahora examinado, prevén como presupuesto, para que un órgano judicial pueda requerir de inhibición a otro, el que este otro esté conociendo del mismo asunto, y si el procedimiento seguido por este otro ya ha sido archivado, es claro que no está conociendo del mismo.

Así las cosas, lo único que cabe decir en el trámite procesal en que ahora nos encontramos es que no es posible resolver una disputa que no existe, siendo sólo aquí posible declarar que ha sido mal formada la correspondiente cuestión...»

Esta Sentencia terminó fallando en el sentido de declarar mal formado el conflicto de jurisdicción en cuestión, ordenando la devolución de las actuaciones al órgano judicial que todavía tenía conocimiento de los hechos por no haberlo archivado.

Idéntico criterio jurisprudencial ha sido también mantenido por la Sala de Conflictos de Jurisdicción en dos ocasiones más, en las Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 17 de diciembre

de 1997 (Pte. García Ancos, Gregorio. Ref.-1997/11600. El Derecho-Base de Datos) y de 23 de marzo de 1999 (Pte. Querol Lombardero, José Francisco. Archivo de la Fiscalía Togada).

De esta manera queda expuesta la existencia de una línea jurisprudencial emanada de Sala de Conflictos de Jurisdicción que, en este tipo de supuestos ya descritos, se limita a declarar "mal formado" el conflicto jurisdiccional planteado y a devolver las actuaciones al órgano judicial que no lo había archivado para la continuación del mismo conforme a derecho, no entrando en el fondo y, por lo tanto, no resolviendo el conflicto jurisdiccional pues, como ha quedado de manifiesto, se considera inexistente.

Los supuestos contemplados en las tres sentencias mencionadas anteriormente tienen en común un elemento que se considera fundamental, cual es que los órganos jurisdiccionales requeridos de inhibición no accedieron a la misma, no porque se consideraran también competentes para conocer el asunto, sino porque simplemente consideraron que no procedía tal inhibición toda vez que sus procedimientos ya habían sido archivados. El considerar en estos casos mal formados el conflicto jurisdiccional y, por ello, no pronunciarse sobre el mismo, resultaría en principio, además de procedente, completamente inocuo, pues en definitiva, en todos esos casos, la jurisdicción que se consideraba competente continuaba conociendo del asunto.

Ello no obstante, y siendo la mencionada doctrina jurisprudencial aparentemente sólida y, por ello, en principio perfectamente asumible, resulta que la Sala de Conflictos de Jurisdicción no ha mantenido este criterio de manera uniforme, sino que ha dictado sentencias que chocan frontalmente con todo lo que hasta este momento se ha expuesto.

Así, en primer lugar debe citarse la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 11 de marzo de 1996 (Pte. Puerta Luis, Luis Román. Ref.-1996/10882. El Derecho-Base de Datos), que nos enfrenta con un supuesto que, primariamente, y tal y como ha quedado expuesto, podría incluirse dentro del concepto de "conflicto mal formado" sobre los que estamos hablando, ya que una de las jurisdicciones ya no se hallaba conociendo del asunto pues había archivado su procedimiento y, además, como en los otros tres supuestos ya mencionados, el que había archivado el procedimiento no discutía la jurisdicción. Pues bien, manteniendo, como hemos anticipado, una postura totalmente opuesta a la doctrina jurisprudencial hasta aquí detallada, la Sala de Conflictos de Jurisdicción consideró que en este caso sí había tal conflicto jurisdiccional y, por lo tanto, entró en el fondo de la cuestión, analizando y resolviéndolo a favor de uno de los órganos jurisdiccionales en conflicto.

Interesa destacar la argumentación vertida a lo largo del Fundamento de Derecho Tercero, que textualmente se expresó en los siguientes términos:

«El archivo de las diligencias tramitadas en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Teruel se produjo al decretar su titular el sobreseimiento provisional de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 641,1 y 789 regla 1ª LECr. Según el tenor literal del art. 64,1 LECr., "procederá el sobreseimiento provisional: 1º Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa". A diferencia del sobreseimiento libre del art. 637 de la citada ley procesal penal, que es equivalente a una sentencia absolutoria, el provisional del núm. 1 del art. 641 significa simplemente que, de momento, no existen pruebas de cargo contra un procesado, pero que nada impide que aparezcan en el futuro. El sobreseimiento libre, al igual que la sentencia, tiene la eficacia de cosa juzgada material (v. S 16 febrero 1995); eficacia que, de modo evidente, no cabe reconocer al sobreseimiento provisional; resolución técnicamente interina que no impide la reapertura de las actuaciones y la prosecución de la oportuna investigación. De ahí que no pueda afirmarse, como ha hecho el Juez de Instrucción, que, por haberse decretado el sobreseimiento provisional de las actuaciones seguidas ante el mismo, no existe ya conflicto de jurisdicción. Debe entenderse, por el contrario que, por la propia naturaleza de dicho sobreseimiento, el conflicto jurisdiccional permanece y debe ser resuelto en los términos legalmente procedentes.»

Pero, como advertíamos, no ha sido este el único supuesto en que la Sala de Conflictos de Jurisdicción ha ido en contra de la denominada doctrina del "conflicto mal formado", pues en su Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 5 de junio de 1996 (Pte. Rodríguez Santos, Baltasar. Ref.-1996/10884. El Derecho-Base de Datos), en otro supuesto muy similar al anterior (en el que el Juez requerido de inhibición contesta que ésta no procede pues, a su entender, no existía conflicto de jurisdicción porque ya había decretado el archivo de su procedimiento), se volvió a considerar nuevamente que sí había tal conflicto jurisdiccional y que éste debía resolverse, argumentando que el Juzgado de Instrucción, al recibir el requerimiento de inhibición, debió declararse incompetente y remitir las actuaciones originales al Juzgado Togado Militar que se las reclamaba argumentando, de una manera muy similar a la Sentencia más arriba examinada, que:

«Habida cuenta de que el auto de archivo no puede equipararse a un sobreseimiento libre a los efectos de producción de la eficacia preclusiva

de la cosa juzgada material, porque no impide la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o la reapertura de las citadas diligencias previas...»

En el mismo Fundamento Jurídico de esta Sentencia se añadió la siguiente interesante reflexión:

«En todo caso, y siendo la atribución de la competencia cuestión previa a la declaración de la inexistencia del delito por ser manifiesto que la Jurisdicción Ordinaria cede el conocimiento del asunto a favor de la Militar, en su integridad, así como porque de existir, el delito caería en todo caso en el campo de ésta, se resuelve el presente conflicto a favor de la Jurisdicción Militar, a quien se le remitirán todas las actuaciones».

Desde el prisma de la seguridad jurídica, resulta obvio que estos dos pronunciamientos de la Sala de Conflictos de Jurisdicción citados en último lugar resultan mucho más deseables, ya que, al entrar a resolver estos conflictos jurisdiccionales (que, como dijimos, podrían incardinarse dentro del concepto de "conflictos mal formados"), se impide en todo caso que la jurisdicción que había archivado reabra su procedimiento y se pueda volver a plantear eventualmente un nuevo conflicto jurisdiccional ya que, tal y como subyace en las argumentaciones de las referidas Sentencias, desde el plano puramente teórico, nada impediría la reapertura de un procedimiento terminado mediante archivo o sobreseimiento provisional que, inicialmente y amparándose únicamente en que su procedimiento estaba terminado, no aceptó la inhibición solicitada.

Reflexionando sobre la cuestión, y ante estos planteamientos jurisprudenciales divergentes, debemos plantearnos si esta doctrina del "conflicto mal formado" (en virtud de la cual la Sala de Conflictos de Jurisdicción no entra a resolver el conflicto jurisdiccional planteado, limitándose a declararlo mal formado, amparándose en la simplista solución de que una de las jurisdicciones no se "halla conociendo", como textualmente exige el artículo 23 de la LCJ), sería asumible en aquellos supuestos en los que el órgano jurisdiccional que ha archivado su procedimiento sí se considera competente del asunto que está conociendo otro órgano judicial (supuesto bien diferente al contemplado en todas las sentencias que hasta este momento se han mencionado).

En opinión de este autor la respuesta no puede ser otra que no, pues, en estos casos, no resolver ese tipo de conflicto jurisdiccional podría dar lugar, tal y como se expondrá, a situaciones jurídicas nada deseables.

Afortunadamente así lo ha entendido también la Sala de Conflictos de Jurisdicción en los tres supuestos que ante ella se han planteado. Y así, contraviniendo una vez más la corriente jurisprudencial ya expuesta del "conflicto mal formado", ha vuelto a considerar en estos casos que sí existe tal conflicto jurisdiccional.

Como decimos, la Sala de Conflictos de Jurisdicción ha dictado otras tres Sentencias en el sentido aludido, debiendo anticipar ya, que sin embargo, dicha Sala ha resuelto cada uno de los supuestos de una manera diferente pues, tal y como se expondrá con detenimiento, lo único que en principio tienen en común estas tres Sentencias es que entran a resolver el conflicto jurisdiccional planteado, que, en principio, encajaría en el concepto de conflicto mal formado del que venimos hablando.

En este iter jurisprudencial nos encontramos en primer lugar con la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 28 de diciembre de 2001 (Pte. Aparicio Gallego, Javier. Ref.-2001/58750. El Derecho-Base de Datos) que acordó, como se anticipaba, no considerar mal formado el conflicto jurisdiccional (pese a que la Jurisdicción Militar ya había archivado su procedimiento) entrando en su resolución, y adoptando una decisión cuando menos peculiar dentro del general proceder de esa Sala de Conflictos de Jurisdicción pues, en lugar de resolverlo a favor de la Jurisdicción Militar, a la que se consideraba competente para conocer de los hechos de autos, lo resolvió a favor de la Jurisdicción Ordinaria, permitiendo que el Juzgado de Instrucción continuara la tramitación del procedimiento que tenía abierto, advirtiéndole que, en caso de aparecer algún hecho nuevo desconocido por la Jurisdicción Militar, debía inhibirse a su favor, pues los hechos investigados recaerían, en todo caso, en el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar.

Textualmente su Fundamento de Derecho Cuarto se expresó de la manera que sigue:

«Y la resolución que sobre los razonamientos expuestos hemos de dictar declarando la competencia para continuar conociendo del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Astorga, no será obstáculo para que si, como consecuencia de las investigaciones que dicho juzgado realice, resultara acreditado que los imputados militares habían incurrido en imprudencia que guardara relación con el acto de servicio en el que participaron, de forma directa uno de ellos al dirigir el ejercicio y de forma indirecta el otro al ser el Coronel Jefe del Regimiento al que pertenecía la Unidad que lo realizaba, el Juzgado de Instrucción al que hemos de declarar competente en la actual situación de los procedimientos tramitados, se inhibiera a favor de la jurisdicción militar en aplicación de las

reglas de competencia establecidas en la Ley Orgánica 4/87, a las que hemos hecho referencia».

Más recientemente, la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 3 de octubre de 2003 (Pte. Marañón Chavarri, José Antonio. Ref.-2003/1204352. El Derecho-Base de Datos) tampoco consideró mal formado el conflicto planteado entre el Juzgado Togado Militar Territorial nº 11 y el Juzgado Central de Instrucción nº 1 (y ello, debo insistir una vez más, pese a que el juzgado militar ya había archivado sus diligencias previas antes de que el referido juzgado de instrucción hubiera incoado su procedimiento). Sin embargo, en esta ocasión, y sin seguir el criterio de la Sentencia mencionada anteriormente, lo resolvió de una forma mucha más ortodoxa, fallando a favor de la Jurisdicción Militar, que era la que se consideraba competente para el conocimiento de los hechos objeto de debate y que, como se ha puntualizado, ya había archivado el procedimiento. Así, se ordenó al órgano de la Jurisdicción Ordinaria que remitiera las actuaciones por él practicadas, impidiendo de este modo que continuara con la instrucción de su procedimiento (a diferencia del supuesto anterior). Resulta interesante destacar el Fundamento de Derecho Primero de esta Sentencia, que textualmente señaló:

«... los conflictos de jurisdicción positivos persiguen evitar que se sigan dos procedimientos por dos distintos Juzgados, en el esclarecimiento de los mismos hechos. Sería apreciable tal improcedente dualidad, aunque uno de los Órganos Judiciales hubiese decretado el archivo del procedimiento por él seguido, ya que el mantenimiento de la competencia de los dos Juzgados podría determinar una improcedente discrepancia en las resoluciones, al reconocerse por el que sigue tramitándose imputaciones delictivas, que ha considerado inexistentes el Juzgado que acordó el archivo...».

Y, por último, encontramos la reciente Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 29 de marzo de 2006 (Pte. Giménez García, Joaquín. Ref.-2006/65508. El Derecho-Base de Datos) que, en otro supuesto en que el Juzgado Togado Militar requerido de inhibición ya había archivado su procedimiento, la Sala de Conflictos de Jurisdicción vuelve a considerar que sí existe tal conflicto jurisdiccional, argumentando en su Fundamento Jurídico Primero que:

«... aún reconociendo que la esencia del conflicto de jurisdicción estriba en que dos órganos pretenden conocer del mismo asunto —conflicto positivo—, o que los dos entiendan que a ninguno de ellos le

corresponde su conocimiento —conflicto negativo—, de donde se derivaría que como presupuesto común el asunto concernido debe estar “vivo”. Estimamos que en el presente caso, el asunto concernido, está ciertamente vivo aunque paralizado, y ello porque ni el auto de archivo equivale a un sobreseimiento definitivo, ni produce la excepción de cosa juzgada, ni en definitiva se impide la reapertura del procedimiento siempre que no juegue el instituto de la prescripción. En efecto, el auto de archivo acordado por el Juzgado Togado Militar Territorial equivale a una imposibilidad de avanzar con los elementos probatorios obrantes en las actuaciones, pero no impide una reapertura caso de aparecer otras evidencias o datos. Precisamente, esta posibilidad de reapertura de la encuesta judicial es el argumento que acoge la Sala para declarar bien constituido el conflicto de jurisdicción positivo...»

Como ya anticipábamos, la Sala al resolver este conflicto de jurisdicción no adopta ninguno de los criterios empleados en las dos Sentencias anteriores, sino que además de acordar que la jurisdicción no competente deje de conocer del asunto que estaba conociendo y remita lo actuado a la competente, tal y como se acordó en la citada Sentencia de 3 de octubre de 2003, da un paso más en esta evolución jurisprudencial —y aquí reside la novedad—, “ordena” a esta última la reapertura del procedimiento que tenía archivado, incorporando las actuaciones que hubiera instruido la otra jurisdicción y dando traslado a las partes para que se pronuncien sobre la continuación del procedimiento, señalando expresamente en su Fundamento Jurídico Tercero que:

«...Como conclusión de todo lo razonado hasta ahora, debemos resolver el conflicto de jurisdicción analizado, atribuyendo el conocimiento del mismo a la Jurisdicción Militar a la que se le deberán remitir las Diligencias Previas aperturadas por el Juzgado de Instrucción nº 4 de los de Santa Cruz de Tenerife. Ahora bien, toda vez que el Juzgado Togado Militar ya acordó el archivo de las diligencias iniciadas por él, con el fin de dar la tutela judicial efectiva adecuada a las peculiaridades del presente caso, el Juzgado Togado Militar una vez recibidas las Diligencias Previas 2682/2005 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Santa Cruz, procederá a reabrir las Diligencias Previas 51/04/05, incorporar las Diligencias Previas 2682/2005 y dar un traslado a las partes a fin de que aleguen lo que tengan por conveniente, procediendo si hubiese méritos para ello, a continuar la investigación o, en otro caso, acordar nuevamente el archivo...»

Pues bien, con este referente jurisprudencial se cierra, de momento, la andadura de los llamados “conflictos mal formados”. Esta

Sentencia supone un paso más en esta evolución jurisprudencial, elevando el rigor jurídico hasta extremos hasta ahora no alcanzados, debiendo suponer la misma un sólido soporte sobre el que graviten los futuros pronunciamientos de esa Sala de Conflictos de Jurisdicción.

A la vista de lo expuesto, parece atisbarse que esta doctrina jurisprudencial del "conflicto mal formado" se encuentra, al parecer, completamente superada al día de hoy, pues tal y como ha quedado de manifiesto, la aplicación práctica de la misma, en ocasiones, puede resultar completamente incompatible con los principios de seguridad jurídica y de unidad jurisdiccional.

8. TRAMITACIÓN Y RESOLUCIÓN DE ESTOS CONFLICTOS POR LA SALA DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

Una vez que el conflicto de jurisdicción ha sido "planteado formalmente" (utilizando los mismos términos que el artículo 26.1 de la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales) y las actuaciones han llegado a la Sala de Conflictos de Jurisdicción comienza una nueva fase, que es la que se produce ante esta Sala y que, en principio, acabará con una Sentencia que resuelva el conflicto jurisdiccional.

Hemos de comenzar señalando que la Ley dedica tan sólo dos artículos (artículos 28 y 29) a esta nueva fase de la que estamos hablando, debiendo precisarse no obstante que el artículo 29 realiza una remisión a otros artículos de la misma Ley diciendo que "será de aplicación, para la tramitación de los conflictos regulados en este capítulo, lo dispuesto en los artículos. 15 a 21 de la presente ley, sin más especialidades que las derivadas de la sustitución de la autoridad administrativa por los órganos correspondientes de la jurisdicción militar."

Así nos encontramos con la siguiente regulación:

El artículo 15 comienza señalando que si en cualquier momento anterior a la sentencia apreciare el Tribunal (en nuestro caso se deberemos entender Sala de Conflictos de Jurisdicción) la existencia de irregularidades procedimentales de tal entidad que impidan la formulación de un juicio fundado acerca del contenido del conflicto planteado, pero que puedan ser subsanadas, oficiará al contendiente o contendientes que hubieren ocasionado las irregularidades, dándoles a su discreción un breve plazo para subsanarlas. Añade a continuación este artículo que, igualmente, el Tribunal (la Sala de Conflictos de Jurisdicción) podrá, si lo estima conveniente, para formar su juicio, requerir a las partes en conflicto o a otras autoridades

para que en el plazo que señale le remitan los antecedentes que estime pertinentes.

Concluye señalando este artículo 15, en su tercer párrafo, que de estimar el Tribunal (la Sala) de Conflictos de Jurisdicción que a través de las actuaciones previstas en los párrafos anteriores se han incorporado nuevos datos relevantes, dará nueva vista al Ministerio Fiscal y a la Administración Pública contendiente, por plazo común de cinco días, y en los diez días siguientes dictará su sentencia (obviamente en nuestro caso, sólo se dará traslado al Ministerio Fiscal).

El artículo 16 por su parte dispone que el Tribunal (la Sala) de Conflictos de Jurisdicción podrá apercibir o imponer multa, no superior a 50.000 pesetas, a aquellas personas, investidas o no de poder público, que no prestaren la necesaria colaboración y diligencia para la tramitación de los conflictos de jurisdicción, previo, en todo caso, el pertinente requerimiento. Añade este artículo en su segundo párrafo, que la multa a que hace referencia el párrafo anterior podrá ser reiterada, si es preciso, y se impondrá sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

El artículo 17 establece que la sentencia declarará a quien corresponde la jurisdicción controvertida, no pudiendo extenderse a cuestiones ajenas al conflicto jurisdiccional planteado, y prevé también la posibilidad de que el Tribunal (la Sala en nuestro caso) podrá también declarar que el conflicto fue planteado incorrectamente, en cuyo caso ordenará la reposición de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto procedimental.

El artículo 18 dispone que el Tribunal de conflictos (la Sala) podrá imponer una multa no superior a 100.000 pesetas, a aquellas personas, investidas o no de poder público, que hubieren promovido un conflicto de jurisdicción con manifiesta temeridad o mala fe o para obstaculizar el normal funcionamiento de la Administración o de la Justicia. Continúa señalándose en este artículo que igual sanción podrá imponerse a la autoridad administrativa o judicial que, por haberse declarado incompetente de forma manifiestamente injustificada, hubiere dado lugar a un conflicto de jurisdicción. Concluye este artículo precisando que lo dispuesto anteriormente se entiende sin perjuicio de la exigencia de las demás responsabilidades a que hubiere lugar.

El artículo 19 por su parte dispone que la sentencia se notificará inmediatamente a las partes y se publicará en el Boletín Oficial del Estado, devolviéndose las actuaciones a quien corresponda.

El artículo 20 contiene el régimen de recursos, señalando que:

1. Contra las sentencias del Tribunal (la Sala) de conflictos de Jurisdicción no cabrá otro recurso que el de amparo constitucional,

cuando proceda. No obstante, podrá interponerse escrito de aclaración en los tres días siguientes a la notificación de la sentencia²⁶.

2. Las demás resoluciones del Tribunal (la Sala) de conflictos serán susceptibles de recurso de súplica ante el propio Tribunal que se interpondrá en los tres días siguientes a la notificación de la resolución recurrida.

Y por último, se dispone que el procedimiento para la sustanciación y resolución de los conflictos de jurisdicción sea gratuito (artículo 21).

Pero además de esta regulación paralela a la prevista para los conflictos jurisdiccionales entre los Juzgados o Tribunales y la Administración, no debemos olvidar el artículo 28 de la Ley que expresamente dispone que "recibidas las actuaciones, la Sala de Conflictos de Jurisdicción dará vista de las mismas al Ministerio Fiscal y al Fiscal Jurídico Militar, por plazo de quince días, dictando sentencia dentro de los diez días siguientes".

Sobre este artículo 28 debe decirse que aunque la Ley prevé claramente que se dé vista tanto al Ministerio Fiscal como a la Fiscalía Jurídico Militar, ello, como se dirá más adelante, no siempre ha sido así.

Así en informe emitido por la Fiscalía Togada en el conflicto de jurisdicción nº 5/91 trabado entre el Juzgado de Instrucción de Puerto del Rosario y el Juzgado Togado Militar Territorial nº 53 de las Palmas de Gran Canarias introdujo el siguiente "Otrosí":

«Que atendiendo al principio de "unidad de actuación" del Ministerio Fiscal, proclamado en el artículo 124.2 de la Constitución y el artículo 2 del Estatuto Orgánico, no se considera preciso que las actuaciones pasen a nuevo informe del Ministerio Fiscal, máxime cuando, en el caso de autos, la Junta de Fiscales de Sala ha votado de conformidad al conocimiento de la Jurisdicción Militar»

Por su parte la Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de 6 de noviembre de 1991 (Pte. Gimeno Amiguet, Arturo, página 102 y s.s. de la Colección de Jurisprudencia del Tribunal Supremo—Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y Salas Especiales— años

²⁶ Ha habido algún caso en que una Sentencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción ha sido objeto de recurso de amparo, como el caso de la Sentencia de 5 de julio de 1989 resuelto por Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 1995, nº 161/1995, rec. 1800/1989, BOE 298/1995, de 14 diciembre 1995. Pte: Cruz Villalón, Pedro.

1991-1992, editada por el CGPJ-BOE) que resolvió el referido conflicto asumió tal situación recogiéndolo en su Antecedente Fático Cuarto.

Pues bien a partir de ese momento parece que se instauró ese criterio formal de realizar un solo informe, si bien ello no se ha cumplido en todos los casos, llegando a encontrarnos con conflictos jurisdiccionales en los que no sólo hay dos informes del Ministerio Fiscal (uno de la Fiscalía Togada y otro de la Fiscalía de la Sala Segunda o de la Sala Tercera, según el conflicto verse sobre materia penal o materia contencioso-administrativa), sino que además estos informes son contradictorios, así ha ocurrido por ejemplo en los dos conflictos de jurisdicción que se plantearon el año pasado, resueltos respectivamente por Sentencias de la Sala de Conflictos de Jurisdicción de fechas 29 de marzo (Pte. Giménez García, Joaquín. Ref.-2006/65508. El Derecho-Base de Datos) y de 14 de julio de 2006 (Pte. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. Ref.-2006/7273. El Derecho-Base de Datos)²⁷.

Y por último, y en cuanto a la resolución de estos conflictos no debe olvidarse lo dispuesto en el 2º párrafo del artículo 11, que dispone que se otorgue preferencia a la tramitación de los conflictos penales y de los procedimientos preferentes para la tutela de los derechos y libertades fundamentales previstos en el artículo 53.2 de la CE.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 25 de junio de 2002 (CE Dir 2002/1983) define el ruido ambiental como el "sonido exterior no deseado o no previsto generado por las actividades humanas". Desde el punto de vista jurídico-civil, podemos definir el ruido como todo sonido o vibración por éste producida, no deseado, que tiene su origen directo o indirecto en una actividad humana y que de forma persistente y continuada en el tiempo, afecta o pone en peligro bienes de la personalidad, bienes materiales, o la propia calidad ambiental, pudiendo dar lugar a un daño físico, psíquico, moral o material apreciable.

Esta definición trata de conjugar la dimensión individualista del ruido, tal y como es concebido en el ámbito de las relaciones de vecindad, con una dimensión más general, colectiva o difusa, que entra en con el artículo 43 de la Constitución Española (Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de

²⁷ El Antecedente Fático Cuarto de esta Sentencia expresó textualmente: "Recibidas las actuaciones en este Tribunal Supremo, por providencia de 27 de febrero de 2006 se acordó dar vista al Ministerio Fiscal y al Jurídico Militar. El Fiscal manifestó que «la competencia para el conocimiento del mismo corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa y concretamente a la Sección Novena de la Sala de dicho orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid». Por su parte, la Fiscalía Togada entiende que el conflicto debería ser resuelto en favor del orden jurisdiccional militar y, dentro del mismo, —dijo— del Tribunal Militar Central."

LA PROTECCIÓN CIVIL FRENTE AL RUIDO¹

POR

PABLO SURROCA CASAS

JUEZ DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

E INSTRUCCIÓN NÚMERO 2 DE MORÓN DE LA FRONTERA

Sumario: 1. EL RUIDO: CONCEPTO, CAUSAS Y CONSECUENCIAS. 2. EL MARCO GENERAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL RUIDO DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL. 2.1. Normativa internacional y constitucional. 2.2. Normas de derecho civil común. 2.3. Normas de derecho civil foral o especial. 2.4. Normas administrativas con incidencia o alcance civil. 2.5. Normas procesales. 3. PANORAMA DE LAS ACCIONES CIVILES FRENTE AL RUIDO. 3.1. Tutela preventiva. 3.2. Tutela reactiva. 3.3. Tutela sumaria de la posesión. 3.4. Tutela Jurisdiccional civil de los derechos fundamentales. 4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES. 4.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 4.2. Tribunal Constitucional. 4.3. Tribunal Supremo. 4.4. Audiencias Provinciales. 5. CONCLUSIONES.

1. EL RUIDO: CONCEPTO, CAUSAS Y CONSECUENCIAS

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 25 de junio de 2002 (LCEur 2002\1983) define el «ruido ambiental» como el *“sonido exterior no deseado o nocivo generado por las actividades humanas”*. Desde el punto de vista jurídico-civil, podemos definir el ruido como todo sonido o vibración por éste producida², no deseado, que tiene su origen directo o indirecto en una actividad humana y que de forma persistente y continuada en el tiempo, afecta o pone en peligro bienes de la personalidad, bienes materiales, o la propia calidad ambiental, pudiendo dar lugar a un daño físico, psíquico, moral o material resarcible.

Esta definición trata de conjugar la dimensión individualista del ruido, tal y como es concebido en el ámbito de las relaciones de vecindad, con una dimensión más general, colectiva o difusa, que entronca con el artículo 45 de la Constitución Española (*“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de*

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada por la Comisión de Derecho Privado al XXII Congreso “Justicia y Urbanismo Sostenible” de la asociación Jueces para la Democracia, celebrado en Salamanca los días 20, 21 y 22 de junio de 2007.

² La Exposición de Motivos de la Ley 37/2003, del Ruido, de 17 de noviembre (RCL 2003\2683) define en sentido amplio el ruido comprendiendo tanto el ruido propiamente dicho, perceptible en forma de sonido, como las vibraciones.

la persona, así como el deber de conservarlo”) y que podría posibilitar la legitimación colectiva de grupos o asociaciones para su defensa.

El ruido o la contaminación acústica³ constituye un problema en España, y prueba de ello es que un informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo de Europa (OCDE) del año 1991, ya decía que el nuestro era, a finales de los años ochenta, el país europeo con mayor índice de ruidos, y el segundo en el ranking mundial, después de Japón. Más próximo en el tiempo, según datos del censo de población y viviendas del Instituto Nacional de Estadística (INE) del año 2001, más de 12 millones de españoles tienen problemas de ruido en sus viviendas. A lo anterior cabría añadir que España es el único país de la Unión Europea que ha sido condenado en dos ocasiones por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por violar el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos o Convenio de Roma (CEDH), que protege la intimidad domiciliaria, a causa de ruidos excesivos (casos López Ostra y Moreno Gómez).

Las perturbaciones por ruidos o sonidos no deseados encuentran variadas y distintas causas, a saber: la proliferación de formas de entretenimiento colectivo (botellón, etc.), el aumento del tráfico rodado, la tecnificación de los procesos fabriles e industriales, la concentración de la población en edificios de pisos y apartamentos densamente ocupados y con deficiente aislamiento acústico, el aumento de aparatos y electrodomésticos generadores de ruido, las obras públicas, etc. En todo caso, guarda indudable relación con la sociedad urbana y de consumo en la que estamos inmersos, que demanda, cada vez con más ansia, nuevos productos, servicios, formas de ocio etc. que, frecuentemente, generan ruidos.

En cuanto a las consecuencias, basta citar a tal efecto un fragmento de la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 16/2004, de 23 de febrero (RTC 2004\16): “El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatológico y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas,

³ La ley citada emplea esta expresión en multitud de ocasiones en la exposición de motivos y en el articulado, y da una definición de la misma en el artículo 3, letra d) como “presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente”.

apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas).”

Según los especialistas, el ruido provoca, desde daños psicológicos —trastornos del sueño, nervios, estrés, ansiedad, agresividad— hasta fisiológicos —migrañas, pérdida de la capacidad auditiva, aumento de la tensión arterial y problemas cardiovasculares—.

Observemos ahora en una tabla⁴ los efectos sobre la salud y los valores límite recomendados según la Organización Mundial de la Salud (OMS):

Recinto	Efectos en la salud	Valores límite recomendados		
		LAeq (dB)	Tiempo (horas)	LAmáx, fast (dB)
Exterior habitable	Malestar fuerte, día y anochecer	55	50	16
	Malestar moderado, día y anochecer	50	16	-
Interior de viviendas Dormitorios	Interferencia en la comunicación verbal, día y anochecer	35	16	-
	Perturbación del sueño, noche	30	8	45
Fuera de los dormitorios	Perturbación del sueño, ventana abierta (valores en el exterior)	45	8	60
Aulas de escolar y preescolar, interior	Interferencia en la comunicación, perturbación en la extracción de información, inteligibilidad del mensaje	35	Durante la clase	-
Dormitorios de preescolar, interior	Perturbación del sueño	30	Horas de descanso	45
Escolar, terrenos de juego	Malestar (fuentes externas)	55	Durante el juego	-
Salas de hospitales, interior	Perturbación del sueño, noche	30	8	40
	Perturbación del sueño, día y anochecer	30	16	-

Continúa

⁴ Procedente de la página web www.ruidos.org. También resulta interesante la consulta de la página web www.juristas-ruidos.org

Valores límite

Recinto	Efectos en la salud	recomendados		
		LAeq (dB)	Tiempo (horas)	LAmáx, fast (dB)
Salas de tratamiento en hospitales, interior	Interferencia con descanso y restablecimiento			
Zonas industriales, comerciales y de tráfico, interior y exterior	Daños al oído	70	24	110
Ceremonias, festivales y actividades recreativas	Daños al oído (asistentes habituales: < 5 veces/año)	100	4	110
Altavoces, interior y exterior	Daños al oído	85	1	110
Música a través de cascos y auriculares	Daños al oído (valores en campo libre)	85	1	110
Sonidos impulsivos de juguetes, fuegos artificiales y armas de fuego	Daños al oído (adultos)	-	-	140
	Daños al oído (niños)	-	-	120
Exteriores en parques y áreas protegidas	Perturbación de la tranquilidad			

Notas

- Tan débil como se pueda.
- Presión sonora pico (no LAmáx, fast), medida a 100 mm del oído.
- Las zonas tranquilas exteriores deben preservarse y minimizar en ellas la razón de ruido perturbador a sonido natural de fondo.
- Bajo los cascos, adaptada a campo libre.

2. MARCO GENERAL DE PROTECCIÓN FRENTE AL RUIDO DESDE EL PUNTO DE VISTA CIVIL

La protección civil frente al ruido tiene carácter multidisciplinar, extendiéndose al ámbito de la responsabilidad extracontractual y contractual, a las relaciones de vecindad y, más recientemente, en virtud de su fuerza expansiva, a la tutela de los derechos fundamentales.

En el campo de las relaciones de vecindad se ha acuñado el concepto jurídico de inmisión, de honda raigambre, para referirse a cualquier penetración en la propiedad ajena que sea consecuencia de una actividad que, al amparo de la propiedad o de la posesión por cualquier otro concepto, se despliega en un inmueble vecino, y que provoca una interferencia en el goce pacífico y útil de propietario o poseedor afectado.

Siguiendo a FERNÁNDEZ URZAINQUI⁵, el origen del concepto jurídico de inmisión lo encontramos en algunos pasajes de la casuística de la jurisprudencia romana, destacando el del Digesto 8, 5, 8, 5, que recoge una respuesta de ARISTÓN según la cual "solamente le es lícito a uno hacer alguna cosa en su propiedad en tanto no se entrometa en lo ajeno" y fue objeto de tardía elaboración por la doctrina científica alemana de finales del siglo XIX y de principios del siglo XX.

En un primer momento, el concepto quedó limitado a las inmisiones materiales o corpóreas como humos, polvo, líquidos, etc. excluyendo de su ámbito las inmateriales o incorpóreas tales como olores, calores y, por supuesto, los ruidos y vibraciones. Ello era debido, siguiendo al mismo autor, a que el objeto de protección a través de la interdicción de las inmisiones era la propiedad, y no las personas. Sin embargo, ya a partir de IHERING, se comienza a poner el acento no en la materialidad de la inmisión ni en la forma de producción de la misma, sino en sus efectos o consecuencias, extendiendo el concepto a las inmisiones nocivas o molestas para el propietario.

De la definición propuesta se desprende que las inmisiones jurídicamente discutidas son las indirectas y no las directas. Estas últimas serían aquellas cuyos efectos se inician, despliegan y, en su caso, agotan, en el inmueble vecino. Su prohibición no ofrece lugar a dudas⁶ (Vg. arrojar desde una finca líquidos a la vecina). Sin embargo, las indirectas, aquellas que comienzan en el fundo del que las realiza y se despliegan o continúan en el vecino (como los ruidos, olores, humos, etc.), podrían resultar de obligada tolerancia.

También hay que excluir del concepto aquellas actividades realizadas sin utilidad para quien las ejerce o con la única finalidad de causar daños y molestias a los vecinos, que constituyen actos de emulación e implican un abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil),

⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J. "La tutela civil frente al ruido", dentro de la obra colectiva La tutela judicial frente al ruido, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 10, 2002. Todas las referencias hechas a este autor en el texto provienen de esta obra.

⁶ El artículo 546-14 del Código Civil catalán las prohíbe expresamente al disponer: "No hay obligación de soportar las inmisiones dirigidas artificial o especialmente a la finca propia."

permitiendo incluso exigir responsabilidad al amparo del artículo 1.902 del Código Civil.

Finalmente, acotando aún más, conviene recordar que vecindad no implica necesariamente colindancia o contigüidad, bastando con acreditar el influjo o influencia entre fincas.

Dicho lo anterior, dentro de este ámbito se parte de dos teorías que pueden ser aplicadas aislada o conjuntamente para rechazar las inmisiones sonoras: la teoría del uso normal y de la normal tolerancia, complementada con la teoría de la necesidad social⁷.

Partiendo de un uso legal y lícito, la primera pone la luz sobre la fuente de las inmisiones, rechazando aquellas que tengan su origen en un uso que sea anormal en sí mismo o por sus condiciones de desarrollo. La segunda, por el contrario, se centra en la intensidad de los efectos dañosos o perturbadores, pudiendo el propietario afectado rehusar aquellas inmisiones que, aun teniendo su origen en un uso normal de la propiedad vecina, sean, por su intensidad, continuidad o durabilidad, nocivas, molestas, incómodas o perturbadoras y, por tanto, intolerables, debiendo atender a criterios de sensibilidad objetiva según las circunstancias de lugar y tiempo.

Para BONFANTE⁸, toda inmisión en el fundo ajeno o todo hacer en el nuestro con repercusión en aquél, es lícito cuando no pugne con la esfera de las generales y absolutas necesidades sociales, que se determinan según el ambiente y las condiciones sociales dadas, siendo esta necesidad cotidiana y civil, y no industrial (Vg. el humo de las calefacciones de carbón en invierno, o el ruido del aire acondicionado en verano).

De todas estas teorías, como advierte FERNÁNDEZ URZAINQUI, existe una más acusada tendencia a la aplicación del criterio de la normal tolerancia en los supuestos de inmisiones sonoras, ya que su entidad depende en gran medida de la intensidad de la percepción sensorial. Y ello se ve reforzado por la incidencia de este tipo de inmisiones en derechos fundamentales tales como la intimidad domiciliaria y el derecho a la integridad física y moral, como reconoce ya abiertamente nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, desde el momento en el que se constata que determinados niveles de ruidos pueden lesionar

⁷ Para un estudio de las distintas teorías en torno a las inmisiones y su evolución cabe citar P. BONFANTE, "Las relaciones de vecindad", traducción de Alfonso García Valdecasas. Instituto Editorial Reus, 1932; MARIO ROTONDI, Instituciones de Derecho Privado. Prólogo, traducción y concordancia al Derecho español por Francisco F. Villavencio. Editorial Labor, Barcelona, 1953.

⁸ P. BONFANTE, "Las relaciones de vecindad", cit.

derechos fundamentales, lo relevante no es tanto la actividad emiten- te (o fuente sonora) como la consecuencia lesiva.

Hagamos ahora un breve resumen del marco normativo existente.

2.1. Normativa internacional y constitucional

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979\2421) o Convenio de Roma, dispone en su artículo 8, bajo la rúbrica "Derecho al respeto a la vida privada y familiar": "*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*" (apartado 1º). Tiene un valor fundamental al amparo del artículo 10.2 de la Constitución Española al disponer: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*"

La Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (RCL 1978\2836), como norma superior del ordenamiento jurídico, con los preceptos y los derechos que en ellos se reconocen, no sólo vincula a los poderes públicos, sino también a todos los ciudadanos (artículo 9.1 de la Constitución Española). Es por ello que los derechos a los que vamos a hacer mención, con independencia de su distinto grado de eficacia conforme al artículo 53 de la Constitución Española y sin perjuicio de que, como todos los derechos, no son ilimitados, no sólo son oponibles en las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos (eficacia vertical), sino también en las que mantienen con el resto de los ciudadanos (eficacia horizontal), relaciones jurídico-privadas que constituyen el objeto fundamental de la tutela de los tribunales civiles.

El ruido puede afectar a los derechos fundamentales consagrados en los artículos 10 (libre desarrollo de la personalidad), 15 (integridad física y moral), 18 (intimidad personal y familiar, inviolabilidad domiciliaria), 19 (libertad de elección de residencia) y 33 (propiedad privada).

Dentro de los principios rectores de la política social y económica, el artículo 45 establece que todos tenemos derecho a un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo; prevé, además de las sanciones administrativas, la posibilidad de establecer sanciones penales y recoge la obligación de reparar el daño causado. El artículo 43 trata del derecho a la salud que, como hemos visto, puede verse seriamente afectada por el ruido. Finalmente, la contaminación acústica puede incidir, desde luego, en el derecho a una vivienda digna y adecuada consagrado en el artículo 47.

2.2. Normas de derecho civil común

El Código Civil de 24 de julio 1889 (LEG 1889\27) se trata de un texto pensado para una sociedad rural y agrícola, y no para una sociedad urbana, postindustrial y de consumo. Por ello no contiene ni un solo precepto que aluda expresamente al ruido, al igual que el Código Civil francés [por el contrario, el ruido aparece explícitamente citado como inmisión en el Código civil italiano (artículo 844.1), portugués (artículo 1346), austriaco (artículo 684 del ABGB) y alemán (parágrafo 906.1 del BGB)]. Ahora bien, esto no significa que no haya normas que sirvan para dar cobertura a la protección civil de quienes se ven afectados por el mismo.

Así, además del artículo 6.4, que prohíbe el fraude de ley, y del artículo 7, que versa sobre la buena fe en el ejercicio de los derechos y la interdicción del abuso de derecho o del ejercicio antisocial del mismo, cabe destacar, dentro de las relaciones de vecindad, el artículo 590. Este artículo, situado en el capítulo 2º que se intitula "De las servidumbres legales", dentro del Título VII "De las servidumbres", ubicado en el Libro II "De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones", señala:

"Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.

A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos."

Este precepto trata, dentro de las relaciones interprediales, de las distancias y las obras de resguardo necesarias entre ciertas construcciones y las paredes ajenas o medianeras, remitiéndose, en primer lugar, a "los reglamentos y usos del lugar" y, subsidiariamente, a la adopción de las precauciones necesarias para evitar todo daño.

Aunque el artículo no contenga expresamente una cláusula de cierre que permita extender su ámbito de aplicación a otro tipo de construcciones o artefactos, es evidente que la enumeración es meramente enunciativa y no taxativa, recogiendo los que generaban mayor riesgo en la época de su redacción. Comporta una doble exigencia pues, por un lado, obliga a respetar una distancia de seguridad para

cuya determinación habrá que acudir a los reglamentos y usos del lugar, entrando en juego las normas administrativas. Entre éstas hay que incluir, tanto el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 (RCL 1961\1736), cuyo artículo 4 se remite a la vez, en cuanto a su emplazamiento, "a lo dispuesto sobre el particular en las Ordenanzas municipales y en los Planes de urbanización del respectivo Ayuntamiento...", como las disposiciones contenidas en las normas técnicas de la edificación⁹ y, como no, la abundante normativa autonómica (que luego citaremos) y local (ordenanzas) reguladora del ruido y, en general, de la contaminación acústica. Por otro lado, el artículo 590 impone un hacer, pues exige la adopción de las medidas de resguardo adecuadas que, tratándose de inmisiones sonoras, vienen referidas a obras de aislamiento e insonorización.

Dentro de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, más allá del genérico artículo 1.902, que consagra el principio de responsabilidad por culpa ("El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado") tenemos el específico artículo 1.908 que regula la responsabilidad de los propietarios por daños causados por humos excesivos: "que sean nocivos a las personas o a las propiedades" (apartado 2º) o "por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes" (apartado 4º).

Si bien ninguno de estos artículos alude al ruido expresamente, el artículo 590 se refiere a la "fragua" que, lógicamente, es un artefacto o instrumento que puede generar ruidos. La jurisprudencia, interpretando estos artículos de forma acorde a la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) y acudiendo a la analogía (artículo 4.1 del Código Civil) ha extendido su ámbito de aplicación a las construcciones, máquinas, o instrumentos susceptibles de generar ruidos no deseados (por todas, la célebre sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980 [RJ 1980\4747] que formula, por generalización analógica, el "principio de exigencia de un comportamiento correcto con la vecindad", así como el de una "prohibición general de toda inmisión perjudicial o nociva")¹⁰.

⁹ Entre las que destaca el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo (RCL 2006\655). El Real Decreto 1.371/2007, de 19 de octubre, aprueba el documento básico de protección frente al ruido modificando el Código Técnico de la Edificación y tiene por objeto dar respuesta a los objetivos de calidad acústica impuestos por la Ley del Ruido y sus reglamentos de desarrollo, mediante las exigencias de aislamiento acústico de las fachadas de los edificios.

¹⁰ La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980 dice textualmente: "si bien el C. Civ. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 de dicho Cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los

En este sentido, para PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER¹¹ los artículos 590 y 1908 se complementan recíprocamente y constituyen base suficiente para elaborar una teoría general de las inmisiones, pues nada permite pensar en el carácter taxativo de tales preceptos cuyo propósito es evitar inmisiones peligrosas, nocivas, o simplemente molestas.

Entre estos dos artículos, no obstante, existe una diferencia fundamental, por cuanto a través del primero se pretende lo que cabría llamar una "tutela preventiva", tendente a evitar las inmisiones sonoras intolerables, mientras que el segundo, ubicado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, está orientado a obtener un resarcimiento que podrá comprender, tanto el cese de la inmisión sonora e incluso de la propia actividad inmisiva, como el resarcimiento de los daños causados o por causar.

Dentro de las relaciones de vecindad, y fuera del ámbito del Código Civil, la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042) en la redacción introducida por la Ley 8/1999, dedica dos artículos al tema que nos ocupa:

- El artículo 5, párrafo 3º sobre las reglas estatutarias dispone: "El título podrá contener, además, reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad."
- El artículo 7, apartado 2º señala: "Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas."

Estos dos artículos, conjuntamente considerados, prohíben al propietario u ocupante por cualquier título (arrendatario o simple prearista) desarrollar en la finca actividades prohibidas en los estatutos, o que contravengan disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Entre estas disposiciones

dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908, pues regla fundamental es que «la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respecto al vecino determina»

generales, el legislador estaba pensando, como no podía ser de otro modo dado el tenor literal, en el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 30 de noviembre de 1961 (RCL 1961\1736).

Se protege así a los integrantes de la comunidad de propietarios frente a las perturbaciones por ruido, ya sea porque tienen su origen en una actividad prohibida en los estatutos (es cada vez más frecuente la prohibición estatutaria que afecta a los locales comerciales de desarrollar actividades susceptibles de generar altos niveles de ruidos como, por ejemplo, un bar de copas) o porque la actividad contraviene la normativa general.

La Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre (RCL 1994\3272), permite al arrendador resolver de pleno derecho el contrato de arrendamiento cuando el arrendatario desarrolle en la vivienda arrendada "actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas".

La Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre (RCL 1999\2799), establece, entre los requisitos básicos de habitabilidad de los edificios, los relativos a "la protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades" (artículo 3.1.c.1)¹² cuyo incumplimiento dará lugar al régimen de responsabilidad establecido en el artículo 17 del texto. Tradicionalmente, además, la jurisprudencia había considerado el deficiente aislamiento acústico como un caso de vicio ruinógeno constitutivo de ruina funcional desde la perspectiva del artículo 1.590 del Código Civil¹³.

Finalmente, en el ámbito de la compraventa, han sido consideradas tales deficiencias, bien como vicios ocultos¹⁴, que darán lugar al saneamiento del vendedor (artículo 1.484 del Código Civil), bien como un verdadero y propio incumplimiento por ser el objeto vendido

¹¹ PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en Anotaciones al Tratado de Derecho Civil de Ennecerus-Kipp-Wolf. Derecho de cosas, T. III, Vol. I, Barcelona, 1971, p. 358.

¹² Vid. nota 8ª.

¹³ Así, podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 869/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1), de 15 noviembre (RJ 2005\7631) que señala, en su fundamento jurídico 4º: "Acreditada la falta de colocación de dicho aislante termoacústico, esta falta no constituye un simple incumplimiento contractual sino que ha de calificarse como ruina funcional al afectar a la habitabilidad de las viviendas en cuanto se reduce su aislamiento de las agresiones acústicas y de temperatura exteriores". En el mismo sentido sentencia de la Audiencia Provincial núm. 348/2002, de León (Sección 3), de 13 noviembre (JUR 2003\63292).

¹⁴ La D.A.5ª de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido considera "en todo caso", como vicio oculto, el incumplimiento de los objetivos de calidad del espacio interior que deberá fijar el Gobierno, conforme al artículo 8.3 de la ley.

impropio para su uso y destino¹⁵, perfectamente encuadrable dentro de los supuestos de *aliud pro alio* o entrega de cosa distinta de la pactada, con la consiguiente aplicación de los artículos 1.101 y 1.124 del Código Civil, extensible a los arrendamientos al amparo del artículo 1.553 del mismo texto y, en general, a los contratos sinalagmáticos.

2.3. Normas de derecho civil foral o especial

El Libro V del Código Civil de Cataluña, artículo 544, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo (LCAT 2006\418) que derogó la Ley 13/1990 de inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, contiene la regulación más precisa, detallada y sistemática, al hacer referencia expresamente tanto a la acción negatoria como a las inmisiones por ruido.

Respecto a la acción negatoria, el artículo 544-4 la define como aquella que "permite a los propietarios de una finca poner fin a las perturbaciones e inmisiones ilegítimas en su derecho que no consistan en la privación o retención indebidas de la posesión, así como exigir que no se produzcan perturbaciones futuras y previsibles del mismo género." Tiene por objeto "la protección de la libertad del dominio de los inmuebles y el restablecimiento de la cosas al estado anterior a una perturbación jurídica o material" (artículo 544-6). Finalmente, el artículo 544-7 no fija plazo de prescripción de la acción, salvo el caso de usucapión y mientras se mantenga la perturbación, señalando un plazo de tres años para ejercitar la acción de reclamación de daños y perjuicios producidos, a contar desde que se tuvo conocimiento de aquélla.

¹⁵ Las deficiencias de aislamiento acústico en una vivienda que permiten la penetración de ruidos o vibraciones, no la hacen idónea para el descanso, con lo que no cumple con el uso y destino que le es propio según su naturaleza. Por todas, la sentencia del Tribunal Supremo núm. 239/1993 (Sala de lo Civil), de 10 marzo (RJ 1993\1829) en cuyo fundamento jurídico tercero apunta "la fábrica es de una antigüedad de más de cincuenta años, que los constructores aledaños han de tener presente en punto a ruidos, vibraciones, humos, olores, etc., cuya vigilancia dentro de los límites reglamentarios no son atributo de esta jurisdicción sino de la Administración Local. De ahí, también que la condena al constructor -aunque no sea vicio de construcción-, promotor y vendedor se derive de la obligación que tiene de entregar la cosa vendida en condiciones útiles para su aprovechamiento según su naturaleza y destino, deviniendo vicios ruinógenos aquellos defectos que deparan una incomodidad impropia para cumplir aquellos fines y destinos que son, nada menos, que razón de la contraprestación del negocio de compraventa (art. 1274 del Código Civil) adquiriendo por tanto categoría de causa negocial, de suerte que, de no cumplir esos requisitos degenera en un «aliud pro alio» porque se entrega cosa distinta —distinta en cualidades—, a la vendida, por lo que es superfluo erróneo e irrelevante pretender enquistar en el plano de los vicios originadores de las acciones edilicias con el consiguiente estrechísimo plazo de caducidad, la entrega de un inmueble destinado a vivienda que la hace materialmente inhabitable para el descanso."

El artículo 546-13 se refiere al ruido como "inmisión ilegítima" y el artículo 546-14 sienta las siguientes reglas:

1. Deber de soportar las inmisiones inocuas o que causen perjuicios insustanciales.
2. Son inmisiones que causan perjuicios sustanciales las que superan los valores límite legal o reglamentariamente establecidos.
3. No hay obligación de soportar las inmisiones dirigidas artificial o especialmente a la finca propia, ni las inmisiones que causen perjuicios insustanciales salvo que, en este último caso, sean consecuencia de un uso normal de la finca según la normativa, y su cese implique gastos desproporcionados. En tal caso, los propietarios tendrán derecho a una indemnización por los daños producidos y a una compensación por los futuros.
4. Régimen especial para las inmisiones que provengan de actividades autorizadas administrativamente.
5. Prescribe a los tres años la acción para exigir los daños y perjuicios y/o la compensación económica.

La Ley 1/1973, de 1 marzo (RCL 1973\456) por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral (Fuero Nuevo de Navarra) contiene la Ley 367 que establece el principio general de que "Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgo a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, en uso del lugar y la equidad."

2.4. Normas administrativas con incidencia o alcance civil

En primer lugar destacar el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y la Ordenación Urbana (RCL 1992\1468) cuyo artículo 305 establece: "Los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior y en el artículo 266, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas."¹⁶

¹⁶ Artículo que continua vigente en virtud de la Disposición Derogatoria Única de la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (RCL 2007\1020).

La Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido (RCL 2003\2683) constituye la primera ley integral contra el ruido de ámbito nacional, y tiene como origen el Libro Verde de la Comisión Europea sobre "Política Futura de Lucha contra el Ruido" recomendando aclarar y homogeneizar el entorno normativo del mismo. Esta recomendación dio paso a la Directiva 2002/49/CE, llamada "Directiva sobre el Ruido Ambiental", que traspone la presente ley, sin olvidar que ya las Comunidades Autónomas¹⁷ habían promulgado leyes sobre la materia. Dicha ley ha sido desarrollada, en lo relativo a la evaluación y gestión del ruido ambiental, por el R.D. 1.513/2005, de 16 de diciembre (RCL 2005\2453) y en lo referente a zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas por el R.D. 1.367/2007, de 19 de octubre (BOE de 23 de octubre)¹⁸.

Aunque a primera vista pudiera pensarse que tiene un limitado alcance civil, un análisis más detallado permite hacer las siguientes consideraciones:

1. La ley se aplica a todos los emisores acústicos que la misma define, tanto públicos como privados, pero excluye de su ámbito las relaciones de vecindad, siempre que los ruidos se mantengan dentro de límites de tolerabilidad, de acuerdo a las ordenanzas

¹⁷ De entre la abundante legislación autonómica sobre la materia, cabe destacar la Ley 2/2002, de 16 de junio, de la Comunidad de Madrid, de protección del medio ambiente y el Decreto 78/1999, de 27 de mayo, que regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de Madrid; la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Cataluña, de protección contra la contaminación acústica; la Ley 3/1998, de 27 de febrero, del País Vasco, de protección del medio ambiente; la Ley 7/1997, de 11 de agosto, de Galicia, de protección contra la contaminación acústica y el Decreto 320/2002, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que establece las ordenanzas tipo sobre protección de la contaminación acústica de Galicia y el decreto 150/1999, de 7 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección de la contaminación acústica de Galicia; la Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Murcia, de protección del medio ambiente, y el Decreto 48/1998, de 30 de julio, de protección del medio ambiente frente al ruido; la Ley 7/1994, de 18 mayo, de Andalucía, de protección ambiental y el Decreto 326/2003, de 25 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección contra la contaminación acústica; la Ley Foral 16/1989, de Navarra, de control de actividades clasificadas para la protección del medio ambiente, y el Decreto Foral 135/1989, de 8 de junio, regulador de las condiciones técnicas que deberán cumplir las actividades emisoras de ruidos o vibraciones; La Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica de Valencia; el Decreto 19/1997, de 7 de febrero, de Extremadura, de reglamentación de ruidos y vibraciones; la Ley 1/2007, de 16 de marzo, sobre normas reguladoras de la contaminación acústica de Baleares; el Decreto 3/1995, de 12 de enero, de Castilla y León, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas.

¹⁸ Este R.D. es relevante a efectos civiles pues regula los emisores acústicos, fijando valores límite de emisión (activa) o de inmisión (pasiva). En el Anexo II se establecen los valores límite de inmisión en relación con los objetivos de calidad acústica, y en el Anexo III los valores límites de inmisión según los emisores acústicos.

municipales y usos del lugar (artículo 2.1 letra a)¹⁹ de lo que se infiere, a contrario sensu, que caen dentro de su órbita las inmisiones sonoras intolerables, que constituyen prácticamente el grueso de los pleitos civiles sobre la materia.

2. También incide en el derecho civil al remitirse a las ordenanzas locales y usos del lugar para fijar el límite de tolerabilidad de las inmisiones sonoras y, si bien es cierto que la jurisprudencia ha destacado hasta la saciedad, como luego veremos, la autonomía civil respecto al ámbito administrativo para su fijación, no lo es menos que la mayoría de las sentencias estimatorias en la materia parten de la superación de los valores límite administrativamente establecidos para configurar el carácter intolerable de la inmisión.

La ley crea las llamadas zonas de servidumbre acústica (artículo 3 letra p) como zonas delimitadas en los mapas del ruido que la misma prevé, donde las inmisiones no podrán superar ciertos objetivos de calidad acústica y se podrán imponer restricciones de usos o actividades.

Es una ley orientada fundamentalmente, como se desprende de su exposición de motivos, a prevenir y reducir las inmisiones, y no tanto a resarcir los daños causados. Contiene un amplio elenco de medidas de prevención y de corrección omitiendo, sin embargo, toda referencia a la responsabilidad civil en forma de daños y perjuicios, a diferencia de otras leyes autonómicas como la catalana o la gallega. El último capítulo está dedicado a la inspección y régimen sancionador.

Interesa destacar que, con dudosa técnica legislativa y discutible necesidad, la ley, en su D.A.5ª, interpreta e integra el Código Civil considerando "en todo caso", como vicio oculto, el incumplimiento de los objetivos de calidad del espacio interior que deberá fijar el Gobierno, conforme al artículo 8.3 de la Ley²⁰.

El día 24 de octubre de 2007 se publicó en el BOE (número 255) la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que tiene por objeto trasponer la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo sobre responsabilidad medioambiental, en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales.

Su incidencia civil es escasa, pues en su artículo 5 declara que no será de aplicación para reparar los daños que sufran los particulares

¹⁹ La Exposición de Motivos (IV) expresa su deseo de no alterar el criterio de razonabilidad, vinculado a prácticas consuetudinarias que, conforme a la tradición jurídica española, se viene aplicando a lo largo de los siglos a todo tipo de inmisiones en las relaciones de vecindad.

²⁰ Vid. artículo 17.2 y Anexo II del R.D. 1.367/2007.

en sus personas, bienes y derechos. Sin embargo, sí se aplicará cuando tales daños tengan la consideración de medioambientales y, para saber que daños tienen tal consideración, hay que acudir a la definición que de daño medioambiental da la propia ley en el artículo 2. Es decir, caen dentro de su ámbito los daños en bienes de titularidad privada que tengan la consideración de recursos naturales, tales como el suelo, las especies silvestres o el propio hábitat. Finalmente, para el caso de que estos daños medioambientales queden reparados por medio de la aplicación de esta ley, el particular no podrá exigir reparación ni indemnización al margen de ésta (artículo 5.2).

2.5. Normas procesales

La Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042), regula en el artículo 7.2 la llamada acción de cesación, como instrumento procesal idóneo para dotar de eficacia las prohibiciones legales y estatutarias en materia del propiedad horizontal examinadas anteriormente. Esta acción, que permite medidas cautelares, de ser acogida, posibilita al juez en sentencia imponer la gravosa consecuencia de privar al propietario u ocupante del piso o local de su derecho de uso durante un plazo que no podrá exceder de tres años²¹, a saber:

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiera en su conducta el Presidente, previa autorización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no previsto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario.

²¹ Al respecto, planteada cuestión de inconstitucionalidad del antiguo artículo 19.1 de la LPH, antecedente del actual 7.2, el Tribunal Constitucional, en sentencia n.º 301/1993, de 21 de octubre (RTC 1993\301) vino a rechazar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado desde la óptica del artículo 33 de la Constitución Española (que reconoce el derecho a la propiedad privada y la función social de la propiedad) afirmando, y esto es lo más relevante "la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares" (fundamento jurídico 3º) pues, añadido, entre estos derechos e intereses concurrentes está, sin duda, el de disfrutar del ámbito de tranquilidad y sosiego que a toda persona le corresponde en su propio domicilio.

Presentada la demanda, acompañada de la acreditación del requerimiento fehaciente al infractor y de la certificación del acuerdo adoptado por la Junta de propietarios, el juez podrá acordar con carácter cautelar la cesación inmediata de la actividad prohibida, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Podrá adoptar asimismo cuantas medidas cautelares fueran precisas para asegurar la efectividad de la orden de cesación. La demanda habrá de dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local.

Si la sentencia fuese estimatoria podrá disponer, además de la cesación definitiva de la actividad prohibida y la indemnización de daños y perjuicios que proceda, la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento, después de prohibir al propietario y al ocupante del piso o local desarrollar actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, regula la acción de cesación. Esta acción la podrá entablar el Presidente, previa autorización de la Junta de Propietarios, siguiendo el cauce del juicio ordinario, con la expresa previsión de medidas cautelares. Además, la cesación podrá consistir en la privación del derecho de uso de la vivienda o local que, en el caso del arrendatario, equivaldrá a la extinción del contrato y su lanzamiento. También prevé la posibilidad de solicitar indemnización de daños y perjuicios.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\34), texto procesal por excelencia, a través del cual se articularán las pretensiones civiles en materia de ruidos excesivos. Sin entrar en las normas sobre presupuestos procesales, tipo de procedimiento, etc., por exceder de un trabajo como el presente, si conviene resaltar que esta ley, a diferencia de la anterior, regula con detalle la ejecución de las obligaciones de hacer y no hacer (artículos 705 a 711), típicas de las sentencias condenatorias por ruidos, dando cobertura a las medidas coercitivas (en forma de multas) en caso de incumplimiento.

En cuanto a las medidas cautelares, el artículo 727.7 permite acordar con carácter cautelar la cesación de una actividad, o la abstención de una conducta ruidosa, permitiendo así fuera del estricto ámbito de la propiedad horizontal conseguir con carácter provisional y temporal que cesen los ruidos excesivos.

3. PANORAMA DE LAS ACCIONES CIVILES FRENTE AL RUIDO

Todo derecho conlleva una acción para hacerlo valer ante los tribunales en caso de que fuera desconocido, perturbado o lesionado. En el campo de la protección civil frente al ruido cabe distinguir entre diversos tipos de tutela, según que lo pretendido sea conjurar el riesgo de lesión o de daños (pues no toda lesión del derecho provoca un daño resarcible) o bien reaccionar ante una lesión o daño ya producidos.

3.1. Tutela preventiva

3.1.1. Tutela de la inmisión

El supuesto de hecho no lo constituye la incomodidad, molestia o perturbación ya iniciada, sino el riesgo cierto e inminente de su producción, al constatar la existencia de una actividad o industria susceptible de generarlas con alta probabilidad y que, si bien carece de regulación expresa, tiene acomodo en el artículo 590, en relación con el artículo 1.908, para incluir el riesgo de daños a las personas.

Analizando detalladamente el primero de los artículos, observamos como trata de evitar que se lleven a cabo construcciones o instalaciones que puedan generar inmisiones. En los supuestos del artículo la inmisión como tal no existe, o mejor dicho, no tiene por qué existir, no tiene por qué haber perturbación o incomodidad, materialmente hablando, pero si un alto riesgo, un riesgo intolerable desde el punto de vista jurídico, de que dicha inmisión se produzca de no respetarse las distancias prescritas o adoptarse las precauciones adecuadas. Protege a los predios frente a riesgos, mientras que la inmisión no es un riesgo, sino que es el mismo riesgo materializado en forma de molestia, perturbación, incluso daño.

El artículo 1908 del Código Civil, cuando se refiere a los humos excesivos, los proscriben cuando sean nocivos a las personas o a las propiedades, sin que plantee problema alguno la aplicación analógica (al darse identidad de razón) a los ruidos excesivos. Si ponemos en juego este artículo con el 590, como pone de relieve la jurisprudencia²², se puede extender la finalidad tuitiva del mismo a las personas físicas

²² Desde la célebre y comentada sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980 (vid. nota 9ª).

propietarias de la finca y que sufren las perturbaciones causadas por los ruidos excesivos.

3.1.2. Tutela del daño

Mediante la acción negatoria que, tradicionalmente vinculada a la defensa de la propiedad y frente a perturbaciones de derecho, es reconducida por la moderna legislación (artículo 544 del Código Civil de Cataluña) jurisprudencia y doctrina, a la defensa de aquélla o de cualquier otro derecho real²³ (Vg. usufructo) y contra perturbaciones de hecho o materiales (como las inmisiones). Carece de regulación expresa, al margen del artículo citado, si bien puede encontrar un anclaje en el artículo 590 del Código Civil y en el artículo 305 de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio) aún vigente.

Como pone de manifiesto ALMAGRO NOSETE²⁴ "a estas alturas no queda nada de la acción negatoria" tal y como fue originalmente configurada, convirtiéndose en la actualidad en un complejo de medios defensivos que, a modo de acumulación de acciones, comprende tanto una pretensión declarativa (que la finca no está sujeta al derecho que otro ejercita y que provoca la inmisión); como otra de condena de hacer o no hacer (adoptar medidas para evitar el ruido, o reducirlo a límites de tolerabilidad, o abstenerse de producir ruidos o incluso de desarrollar la propia actividad ruidosa); de dar (indemnización de daños y perjuicios); y sin perjuicio de la tutela cautelar.

La ventaja de esta acción es que se anticipa al daño (acción de daño temido) y constituye un mecanismo muy útil para prevenir inmisiones futuras. Por ello, basta con acreditar la injerencia o inmisión, intolerable o anormal, sin necesidad de acreditar el daño (que puede no existir aún o no haber sido demostrado), relevando a los perjudicados de una prueba a menudo compleja y difícil. El artículo 544-6 del Código Civil catalán, como contenido de la acción negatoria, alude

²³ El arrendatario, en cuanto no es titular de un derecho real, no tendría legitimación activa para ejercitar la acción negatoria. Sin embargo, FERNÁNDEZ URZAINQUI sí se la reconoce para ejercitar "una acción de cesación y abstención innominada o, cuando menos, ejercitable en el contexto de la responsabilidad civil extracontractual" en *La tutela judicial...*, cit., p. 32.

El Tribunal Supremo en su sentencia n.º 975/1992, de 10 de noviembre (RJ 1992/9100), rechazó la posibilidad de que el arrendatario, a través del artículo 1.560 del Código Civil, pudiera accionar frente a las perturbaciones por ruido.

²⁴ ALMAGRO NOSETE, "Tutela Procesal frente al ruido", dentro de la obra colectiva *Responsabilidad civil medioambiental*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 80, 2005.

también a la indemnización de daños y perjuicios y añade la presunción de que, acreditados éstos, se presume la ilegitimidad de la perturbación.

A diferencia del supuesto anterior, que previene la inmisión, aquí se ha materializado, se ha hecho realidad, lo que no dejaba de ser una probabilidad, siquiera alta, de perturbación. Existe inmisión, en cuanto intromisión o perturbación intolerable o anormal, pero sin que ésta haya desplegado todos sus efectos o, utilizando un concepto jurídico-penal, sin que haya entrado en la fase de agotamiento. No existe daño, en forma de daño físico, psíquico, moral o material. Estamos, sin embargo, en un estadio más avanzado, pues se pasa del mero riesgo (riesgo tan alto que es reprochable jurídicamente) a la realidad de la inmisión, pero como aún no se ha producido el daño cabe hablar todavía de una tutela preventiva, no frente a la inmisión, que ya se ha producido, sino frente al daño, que no ha nacido.

3.2. Tutela reactiva

Finalmente, si damos un paso más, llegamos a la situación en la que la inmisión despliega todo su potencial, lesionando, ahora sí, intereses jurídico-privados dignos de protección como la indemnidad física, psíquica o moral, o la propiedad privada. Todo ello, por supuesto, sin entrar en ataques especialmente intensos, relevantes o frontales de tales intereses pues, en tal caso, superaríamos la órbita civil para entrar de lleno en el campo del derecho penal (delito de lesiones, daños e incluso delitos contra el medio ambiente)²⁵.

La tutela se impetra a través de la acción negatoria, de cesación y abstención de inmisiones ruidosas y de resarcimiento de daños y perjuicios, y pueden tener por objeto:

²⁵ Amén de lo anterior, no cabe olvidar que los ruidos o vibraciones excesivas pueden constituir, en los casos más graves, verdaderos atentados contra el medio ambiente, sin que sea necesario, como elemento del tipo, la existencia de lesión o perjuicio. El Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre (RCL 1995\3170) castiga en su artículo 325, al que "contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior." El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003\950), mantiene que se trata de un delito de peligro abstracto por cuanto que no requiere la producción de un perjuicio, sino la mera puesta en peligro o la capacidad o idoneidad de producirlo.

a) La adopción por parte del responsable de los ruidos de las medidas tendentes a eliminarlos o reducirlos a límites de tolerabilidad. El acento se pone en el efecto (el ruido) y no en la causa (la actividad ruidosa) y ello por cuanto, eliminado o reducido aquél, ésta se convierte en inocua y, por ende, no reprochable jurídicamente. Entrañaría para el responsable una obligación de hacer que, por efecto de las normas de ejecución contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, podría convertirse en una obligación de dar, esto es, de indemnizar los daños y perjuicios causados o por causar. Así, una obligación de hacer de esta naturaleza es, por mor del artículo 706 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, un hacer no personalísimo. Esto supone que, de no ejecutarse por el obligado, podría hacerse a su costa encargando el hacer a un tercero, o bien dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios, a elección del ejecutante y siempre que no contradiga disposición expresa en contrario contenida en el título ejecutivo (la sentencia normalmente).

b) La cesación o fin de la actividad origen del ruido y la abstención de desarrollarla en el futuro, cuando no quepa lo anterior. Aquí no existe separación posible entre causa-efecto, sino que conforman un todo indivisible, de manera que únicamente eliminando la causa se conjura el efecto. Tan grave consecuencia, como es lógico, por cuanto impide desarrollar actividades legales o lícitas, sólo cabe con carácter excepcional y subsidiario, esto es, cuando no sea posible lo anterior (reducción o eliminación de los ruidos mediante la adopción de las medidas adecuadas en la actividad ruidosa o foco emisor del ruido)²⁶.

²⁶ La sentencia del Tribunal Supremo núm. 457/1997 (Sala de lo Civil), de 30 mayo (RJ 1997\4331) contiene una afirmación fundamental en tal sentido pues, después de razonar que la jurisdicción civil es competente para acordar el cese o fin de la actividad inmisiva, ya que "las medidas que ha de adoptar la jurisdicción civil, con vis atractiva, en la defensa de derechos privados y particulares, no queda en ocasiones agotada con medidas puramente cautelares, de prevención o corrección, sino que existen supuestos en los que la cesación del daño o perjuicio sólo se consigue con el cese o fin de la actividad" (fundamento jurídico 2º) casa la sentencia recurrida que impuso la directa clausura de la granja por medida "drástica y desproporcionada" (fundamento jurídico 3º) pues "cual se desprende de una interpretación correcta de la jurisprudencia citada por la Sala de instancia, y del principio de tutela judicial efectiva, que sólo se logra cuando el derecho cuya protección se solicita alcanza eficacia, siendo diferente que la misma pudiera obtenerse sin medidas tajantes, definitivas o drásticas, pues ello no afecta a la competencia de los diferentes órdenes jurisdiccionales, que es lo que realmente contempla el precepto de amparo, referido a los conflictos entre ellos, más que a la intensidad de las medidas; quiere decirse que, pedida la paralización de la actividad y su abstención cara al futuro, si el órgano jurisdiccional civil considera que es la única forma de evitar la inmisión intolerable, actúa dentro del ámbito de su competencia al así ordenarlo." (fundamento jurídico 2º, la negrita es propia).

Esta sentencia, además, permite la fijación de un plazo para la adopción de las medidas correctoras, aún cuando no fue pedido expresamente.

En este punto cabría plantear la siguiente pregunta: ¿sería incongruente una sentencia que acordara la eliminación o reducción de los ruidos cuando se había pedido, única y exclusivamente, el cese de la actividad inmisiva? La respuesta, lógicamente, sería no, y ello por dos motivos: en primer lugar, si lo que pretende la parte es que cesen los ruidos, no es incongruente una sentencia que accede, en definitiva, a dicha pretensión, si bien no en la forma específica elegida por ésta, pues lo pretendido realmente es el fin (que cesen los ruidos) y no el medio (a través, bien de la adopción de medidas adecuadas para su eliminación o reducción, o bien mediante el cese de la actividad origen de estos); en segundo lugar, por un argumento de tinte pragmático, pues quien puede lo más puede lo menos, es decir, si cabe poner fin a la actividad origen de los ruidos, cabe, simplemente, eliminar o reducir los mismos.

Esta acción está prevista expresamente en el artículo 7.2 de la LPH e incluso, como efecto reflejo, por vía de la resolución del contrato de arrendamiento al amparo del artículo 27 de la LAU; y también en el Libro V del Código Civil de Cataluña, artículo 544.

Fuera del ámbito de la propiedad horizontal, la jurisprudencia frecuentemente sitúa como una exigencia más de la acción civil de daños (ex 1.902 y 1.908 del Código Civil) la de poner fin a las inmisiones ilícitas, a modo de resarcimiento en forma específica. Sin embargo, no cabe confundir ambas acciones, la de cesación y la de daños, que son autónomas e independientes pues, de otro modo, se requeriría la constatación de un daño ya producido con el riesgo de que la desestimación de la responsabilidad aquiliana (por ejemplo, por prescripción) conlleve el fracaso de la acción de cesación. Muy interesante, por lo novedosa, resulta la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 13 de febrero de 2001 (AC 2001\730), donde, en su fundamento jurídico primero, disecciona con precisión las dos acciones ejercitadas: la principal, que sería la acción negatoria y la secundaria o accesoria, que es la acción aquiliana²⁷. El

²⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial núm. 80/2001 de Murcia (Sección 1), de 13 febrero (AC 2001\730) señala "las acciones que se articulan en la demanda son: una principal que es una acción negatoria en la medida en la que existiría una inmisión o intromisión en la propiedad de los demandantes por parte de una actividad que la demandada lleva a cabo en una propiedad que es contigua, con lo que se estaría perturbando su pacífica posesión, y con la intención de que cese la misma. La acción secundaria es una acción aquiliana en la medida en la que se habrían producido por la inmisión daños a los demandantes, con la intención de que se resarzan de los mismos. Esto es, el fin principal de la demanda es hacer cesar la intromisión y sólo secundariamente y en la medida en que dicha

fundamento es claro y diáfano y se basa en que lo realmente querido por los actores (y que constituía su principal pretensión) era que cesara la intromisión ilegítima en el ámbito de su pacífica posesión, y sólo para el caso de que dicha perturbación hubiera producido daños, que los mismos le fueran indemnizados. El problema, en definitiva, radica en la perturbación, que puede o no haber producido los daños. La perturbación no es tal en la medida en que produce daños, sino que tiene vida o entidad propia, como fundamento de la acción. Los daños no se convierten así en presupuesto de la perturbación, sino en una presente o futura consecuencia, por lo que en modo alguno la viabilidad de la acción de daños puede condicionar el éxito o fracaso de la acción negatoria o de cesación de la perturbación.

c) Resarcimiento de daños y perjuicios al amparo de los artículos 1.902 y 1.908 del Código Civil y, fuera de este texto, del artículo 7.2 de la LPH y 544.6 del Código Civil de Cataluña.

Esta acción, considerada de carácter accesorio o secundario cuando se ejercita acumuladamente con la de cesación o negatoria, puede ser, no obstante, la única articulada. Así, quedaría configurada de forma autónoma, pero cuyo presupuesto continuaría siendo, en cualquier caso, la perturbación, que integraría la acción u omisión cuya negligencia daría lugar, en relación causa-efecto, al daño resarcible. Puede existir perturbación sin daño pero no daño sin perturbación.

¿Podría la perturbación o inmisión ser considerada omisión a la hora de dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios por ruidos excesivos? O, mejor dicho, ¿la omisión a la que alude el artículo 1.902 del Código Civil puede venir configurada como una perturbación o inmisión? Parece evidente que no, pues la perturbación o inmisión denotan acción, actividad, no inacción o pasividad. Sin embargo, ningún problema plantearía exigir responsabilidad al amparo del artículo citado a quien de forma negligente o culpable no adoptase las precauciones precisas para evitar un daño producido por ruidos excesivos. La perturbación seguiría siendo esencial para el éxito de la acción, pero el fundamento de la responsabilidad sería un no hacer, un omitir.

De todo lo anterior parece deducirse que el perjudicado, en una eventual reclamación, puede hablar tanto de acción culposa (perturbación

intromisión haya causado algún daño, resarcir de ello a los demandantes, por lo que manifiestamente la acción del art. 1092 (sic) es puramente accesoria."

Un comentario muy ilustrativo de esta sentencia lo encontramos en el artículo de ÁLVAREZ LATA, NATALIA, titulado "Tutela ambiental y acción negatoria de inmisiones: un ejemplo de su operatividad" publicado en Actualidad Civil n.º 37, Semana 7- 13 de octubre de 2002, Refº LVIII, p. 1195; Tomo 4.

o inmisión) como de omisión negligente (no adoptar las medidas adecuadas para evitar la perturbación) como fundamento de su acción de resarcimiento (Vg. la no utilización en una instalación cualquiera de aislamiento acústico adecuado, cuando dicho aislamiento es preciso para evitar los ruidos excesivos, constituye una omisión negligente).

Los daños resarcibles pueden ser tanto personales (físicos, psíquicos o morales) como materiales. En cuanto a estos últimos, hay a su vez que diferenciar entre los materiales en sentido estricto, que son aquellos que afectan directamente a los bienes muebles o inmuebles por menoscabar o deteriorar su esencia o sustancia (fatiga de materiales e incluso rotura) y el perjuicio económico o patrimonial que, por ejemplo, se traduce en la depreciación de las propiedades afectadas por los ruidos.

La distinción entre los daños materiales y los personales, aunque parezca lo contrario, no siempre resulta fácil. Así, resulta evidente que las migrañas producidas por la falta de sueño debida a los ruidos excesivos, suponen un daño personal, por cuanto implica merma de la integridad física del perjudicado, pero ¿y la baja laboral del trabajador aquejado de tales daños físicos que, por no poder trabajar, ve reducida su capacidad de obtener ingresos y, por ende, disminuido su patrimonio? En este punto hay que acudir siempre al origen y, por lo tanto, todo daño que tenga su origen en una lesión física, psíquica o moral, tiene carácter personal, aunque repercute indirectamente en el patrimonio. Resulta claro, pues, que la depreciación de un inmueble sometido a contaminación acústica no tiene el referido origen y constituye un daño material.

Entrando en el contenido de los daños resarcibles, el artículo 1.106 del Código Civil establece *"La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes."* Si bien este artículo se encuentra ubicado en el ámbito de la responsabilidad contractual (artículos 1.101 y ss. del Código Civil) la existencia de un régimen más detallado para la responsabilidad contractual que para la extracontractual y la común finalidad reparadora, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1984 (R. 3250) permite hablar de la existencia de preceptos, como el transcrito, de carácter común y aplicación indistinta [vid. STS de 8 de julio de 1976 (R.5663)]. Por lo tanto, también aplicable al ámbito extracontractual, nos encontramos con la distinción entre daño emergente, como pérdida sufrida, efectiva y conocida, y lucro cesante, o ganancias razonables dejadas de obtener, sin que quepa incluir los daños hipotéticos ni los futuros o expectativas de ganancias. Y, en este punto, es importante destacar la forma en que la sentencia de la Audiencia Provincial de

Murcia n.º 139/1997, de 24 de mayo (AC 1997\1040), confirmada por el Tribunal Supremo como veremos, distingue con claridad entre los daños debidos a circunstancias ya producidas o pasadas y los daños debidos a circunstancias futuras. En cuanto a estos últimos y dado que no era posible la erradicación de la inmisión, confirmó el pronunciamiento de la sentencia de instancia, si bien reduciéndolo cuantitativamente, consistente en que debía abonarse a los actores el importe de una vivienda en las mismas condiciones para que pudieran abandonar el lugar haciendo entrega de los terrenos y vivienda afectados por los ruidos a los demandados condenados.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo número 587/2007, de 31 de mayo (RJ 2007\3431), consideró como daño emergente y no lucro cesante, como pretendían los recurrentes, la indemnización por la depreciación que suponía el trazado ferroviario que atravesaba la finca provocando, entre otras inmisiones, ruidos excesivos, ya que, en palabras de la propia sentencia es un *"daño ya irremediamente producido porque el valor en venta de una vivienda es un elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos"*.

Finalmente, y por lo que se refiere al daño moral, es pacífica la jurisprudencia que admite su inclusión como concepto indemnizable²⁸ (la última sentencia citada, por ejemplo, así lo recoge). Una sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1994 (R.6787), declaró que había daños morales resarcibles cuando responden *"a un ataque, no sólo a la propiedad, sino al sosiego y legítimo disfrute en paz de los bienes que se han adquirido conforme a la ley y han de ser disfrutados por su posesión pacífica y debidamente respetada por todos."*

3.3. Tutela sumaria de la posesión

Es una vía estudiada por la doctrina pero apenas utilizada²⁹. De hecho, sólo cabe citar una antigua sentencia de la Audiencia Provincial

²⁸ Siguiendo a FERNÁNDEZ URZAINQUI, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 31 mayo 2000 (Ar. 5089) la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La jurisprudencia más reciente se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S 23 julio 1990/Ar. 6164), la impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S 6 julio 1990/Ar. 5780), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S 22 mayo 1995/Ar. 4089), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S 27 enero 1998/Ar. 551), el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S 12 julio 1999/Ar. 4770).

²⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "El medio ambiente urbano y las vecindades industriales", Madrid, 1973, p. 38 a 43; ALONSO PÉREZ, "La protección jurídica frente a

de Madrid, de 12 de noviembre de 1974, que utilizó el interdicto de obra nueva para paralizar la construcción de un edificio en una zona donde la Administración se había comprometido a mantener un determinado ambiente y a construir con ciertas limitaciones.

El fundamento de los antiguos interdictos posesorios, actuales juicios de tutela sumaria de la posesión (artículo 250.1, ordinales 4º, 5º y 6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) era y es la protección de la posesión como situación de hecho³⁰ frente a los actos de perturbación (retener), despojo (recobrar), o frente a los perjuicios ocasionados o por ocasionar de una obra en ejecución (obra nueva), o de una obra ruinosa.

Como pone de relieve CARCABA FERNÁNDEZ³¹, aunque partamos de la base de que el medio ambiente en general no es objeto de posesión, podemos admitir que existe un derecho subjetivo a un medio ambiente propio o, lo que es lo mismo, referido a una determinada finca, con lo que resulta obvio que a través de las inmisiones pueden producirse perturbaciones posesorias relativas a ese medio ambiente particular. Así las cosas, se protege el medio ambiente no de forma autónoma y abstracta sino de manera dependiente y concreta, ligado a la posesión de la finca, cumpliéndose con ello los requisitos exigidos en los artículos 437 y 460. 3 del Código Civil para que un derecho pueda ser objeto de posesión: que sea susceptible de apropiación y que esté en el comercio de los hombres.

Si bien podría pensarse que el cauce adecuado, en su caso, sería el de obra nueva, pues es fácil pensar en los perjuicios (en forma de perturbaciones por ruidos) que puede generar la ejecución de una obra, nada impide acudir a la vía del juicio verbal sumario de retener la

inmisiones molestas y nocivas", Actualidad Civil, 1994, p. 424; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, "Derecho de propiedad y protección del medio ambiente. La acción negatoria", Protección del derecho de propiedad, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1994, IX, pp. 270 a 272; SALVADOR CODERCH y SANTDIUMENGE, "La acción negatoria (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987)" en Poder Judicial n.º 10, 1987, pp. 121 y 122; ALONSO PÉREZ, "La protección jurídica frente a inmisiones...", cit., pp. 424 y 425; SANTOS BRIZ, "La responsabilidad civil. Temas actuales", Madrid, 2001, pp. 124 y 125; CARCABA FERNÁNDEZ, M. "Defensa del medio ambiente", Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, pp. 948 a 950 y ALONSO GARCÍA, M. C., "El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica", Madrid, 1995, pp. 267 a 269; ALBALADEJO, M., Derecho civil, 9.ª ed., Barcelona, Bosch, 2002, T. III, p. 354; AMAT LLARÍ, M. E., "La regulación de las inmisiones en el Código Civil", Centenario del Código Civil, T. I., Madrid 1990, p. 84; PARRA LUCÁN, M. A., "La protección al medio ambiente. Orientaciones de la jurisprudencia civil", Madrid, Tecnos, 1992, pp. 156 y ss.

³⁰ El artículo 446 señala: "Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen".

³¹ CARCABA FERNÁNDEZ, M. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente - Núm. 171, julio 1999.

posesión. Así, esta acción protege la posesión, posesión que debe ser pacífica y útil³². La utilidad de la posesión, al amparo de lo manifestado, viene indisolublemente ligada a una determinada calidad del medio ambiente existente en el lugar donde se halla la finca. Por ello, ruidos excesivos que ponen en peligro este carácter útil y pacífico de la posesión, en cuanto perturban el medio ambiente concreto de la finca, constituyendo auténticos actos de perturbación, pueden ser conjurados mediante este remedio procesal.

Esta vía, que salvaría problemas de legitimación (al no venir vinculada a la propiedad o titularidad de otros derechos jurídicos reales), podría tener acomodo, además de en el artículo 446 del Código Civil con su remisión a las leyes procesales, en el propio artículo 590 del Código Civil y 305 de la Ley del Suelo de 1992 y articularse procedimentalmente por los cauces del juicio verbal. Sin embargo, tiene el inconveniente de la brevedad del plazo de caducidad (un año, ex artículo 439.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la ausencia de fuerza de cosa juzgada (ex artículo 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

3.4. Tutela jurisdiccional civil de los derechos fundamentales

La fuerza expansiva de los derechos fundamentales y la constatación de que determinados niveles de presión sonora pueden afectar a derechos como la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario (artículo 18 de la Constitución Española y artículo 8.1 del Convenio de Roma) e incluso a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española) todo ello en relación con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española) ha llevado a diversos pronunciamientos judiciales en tal sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que analizaremos después más detalladamente.

De este modo, se podría permitir el amparo a través del cauce del juicio ordinario (artículo 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que será objeto de tramitación preferente, con intervención del Ministerio Fiscal, y con acceso a la casación (artículo 477.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es jurisprudencia consolidada, además, como tendremos ocasión de examinar a continuación, la aplicación a las inmisiones sonoras de

³² El artículo 444 prescribe "Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión."

la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, del Protección del Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (RCL 1982\1197), con la ventaja que supone que, conforme al artículo 9.3 de la citada ley, acreditada la intromisión en el derecho a la intimidad, se presume la existencia de daño o perjuicio. Ello favorece, sin duda, a los perjudicados, que se ven así relevados de una, a menudo, difícil prueba.

4. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

La protección civil frente al ruido tiene una sólida base jurisprudencial hasta el punto de que, como con toda razón expresa MACÍAS CASTILLO³³ "al no existir una norma de derecho positivo específica, la búsqueda del fundamento legal de la prohibición de las inmisiones en nuestro país la han realizado fundamentalmente los tribunales".

4.1. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- En la sentencia de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra España (TEDH 1994\3), a propósito de las molestias (como los ruidos repetitivos) causadas por una depuradora, el TEDH incluyó, en el núcleo de la intimidad-protección del domicilio, las intromisiones sonoras, por considerar que el ruido excesivo supone una violación del artículo 8 del Convenio que protege el respeto a la vida privada y familiar en el ámbito domiciliario afirmando: "*los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio de manera que perjudiquen su vida privada y familiar, sin poner en grave peligro la salud de la interesada.*"
- La sentencia de 16 de noviembre de 2004, caso Moreno Gómez contra España (TEDH 2004\68), se refiere a un supuesto de ruidos excesivos que tenían su origen en una zona de bares de copas de Valencia. En dicha sentencia, el TEDH concluyó que existía violación del artículo 8 del Convenio dado que el alboroto nocturno de la zona era innegable y que este hecho provocaba perturbaciones en la vida diaria de la demandante, específicamente durante el fin de semana.

³³ MACÍAS CASTILLO, "El daño causado por el ruido y otras inmisiones", Madrid, 2004, pp.pp. 93 y siguientes.

Esta sentencia es especialmente relevante pues contradice una sentencia del TC, la número 119/2001, fundamentalmente en dos aspectos:

- Frente al argumento de que no se había demostrado por la demandante la intensidad del ruido, dice que la exigencia de semejante prueba en esta materia es demasiado formalista toda vez que las autoridades municipales ya habían calificado la zona como acústicamente saturada.
- Exigir de alguien que vive en una zona acústicamente saturada, la prueba de lo que ya es público y notorio por la propia calificación municipal, no parece necesario.
- La sentencia de fecha 2 de octubre de 2001, caso Hatton y otros contra el Reino Unido (TEDH 2001\567), con ocasión de los ruidos generados por el tráfico aéreo nocturno, declaró que había existido infracción del artículo 8 del CEDH al no mantener un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico del país y el disfrute efectivo por los demandantes del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar.

4.2. Tribunal Constitucional

- La sentencia n.º 119/2001, de 24 de mayo (RTC 2001\119) pese a desestimar el amparo (y que luego fue corregida por el TEDH en el caso Moreno Gómez contra España) ya establece que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. Incluso un voto particular concurrente afirma que la saturación acústica puede suponer vulneración del derecho a la integridad física y moral del artículo 15; del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del artículo 18.2 y del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.
- La sentencia n.º 16/2004, de 23 de febrero (RTC 2004\16) consagra la línea anterior y acoge lo manifestado en el voto particular concurrente al afirmar: "*cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de*

las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)."

En el mismo fundamento resume la doctrina constitucional expuesta sobre el artículo 18 de la Constitución Española en relación con las inmisiones sonoras: "Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar (art. 18.1) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2). Respecto del primero de estos derechos fundamentales insistimos en que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima..."

4.3. Tribunal Supremo

- De gran relevancia es la sentencia n.º 431/2003, de 29 de abril (RJ 2003\3041) que consagra "el derecho a ser dejado en paz" trasunto de la doctrina de la "privacy", "my home is my castle" anglosajona. Dicha sentencia confirma la ya citada de la Audiencia Provincial de Murcia n.º 139/1997, de 24 de mayo (AC 1997\1040). Como cuestiones de interés cabe destacar las siguientes:
 1. La sentencia hace referencia a la normativa ordinaria y constitucional que fundamenta el derecho a no soportar inmisiones sonoras intolerables.
 2. La falta de prueba sonométrica no impide la condena de la empresa causante del ruido y del Ayuntamiento que no adoptó las medidas conducentes a evitarlo basándose en el carácter intolerable de los ruidos.
 3. La sentencia expone la evolución histórico-doctrinal acerca de las inmisiones nocivas, tóxicas, perjudiciales o molestas para el ser humano, producidas en el entorno de su residencia o domicilio, entre las que se hallan, sin duda, las inmisiones sonoras excesivas. En primer lugar, cita la doctrina medieval de los actos de emulación, como medio de reparar

daños sobrevenidos por hechos análogos a los aquí enjuiciados, y como a fin de superar los estrechos límites de esta doctrina, se acudió al reconocimiento jurisprudencial del abuso del derecho. Posteriormente, se fundamenta esta responsabilidad por conductas ilícitas, a causa de inmisiones abusivas, en la responsabilidad por actos propios (artículo 1.902 del Código Civil) o por actos ajenos (artículo 1.903); y, más específicamente, dentro del ámbito del artículo 1.908, daños por cosas atribuibles a un propietario, permitiéndose la aplicación analógica de la referencia a "humos excesivos" a los ruidos excesivos. Señala la sentencia como la jurisprudencia vino incardinando estas conductas, bien en el artículo 1.902, como hizo la sentencia de 3 de septiembre de 1992 (RJ 1992\6880), bien en el artículo 1.908, apartado 2º caso de la sentencia de 15 de marzo de 1993 (RJ 1993\2284). Esta evolución culmina con la tendencia jurisprudencial y doctrinal a considerar estas inmisiones gravemente nocivas cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, como atentados o agravios inconstitucionales al derecho a la intimidad perturbado por estas intromisiones, convalidando el criterio de la sentencia de instancia al amparo de la interpretación que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del art. 8.1 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950 en las sentencias de los casos "López Ostra contra España" y "Hatton y otros contra Reino Unido"; e igualmente en la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2001.

4. Las inmisiones sonoras pueden ser indemnizadas al amparo de la protección a la intimidad familiar, incardinándose dentro de las intromisiones ilícitas previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, puesto que la protección a la intimidad no queda reducida a la prohibición de divulgación de la vida privada. Se trataría, en definitiva, de atender a la realidad de la vulneración y a su carácter intolerable, con independencia de los medios utilizados.
5. Rechaza la alegación de la demandada causante del ruido de estar amparada su actividad por la necesaria autorización administrativa, pues tal autorización no es bastante por sí misma para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y el derecho afectado, dato esencial para la legitimación de la lesión a la intimidad; por otra parte, incumbía tanto a la corporación

como a la propia empresa la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable.

- La sentencia n.º 1.230/2003, de 24 de diciembre (RJ 2004\140) a propósito de una demanda dirigida contra Correos y el Ministerio de Obras Públicas por los ruidos generados por un montacargas, rechaza la falta de jurisdicción alegada por el Abogado del Estado por corresponder a la contencioso-administrativa declarando: *"estamos, como queda dicho, ante un claro supuesto de relaciones de vecindad, pues las molestias las causó el uso del montacargas sin haberse adoptado medidas correctoras precisas para eliminarlas o, al menos aminorarlas. Las relaciones de vecindad, son relaciones de Derecho Privado de naturaleza marcadamente civil, que se establecen en interés de las propiedades vecinas y de los que las poseen o disfrutan por cualquier título, por lo que las limitaciones concebidas e impuestas por razones de utilidad pública o interés general quedan al margen de ellas y sustraídas a la ordenación que le es propia."*
- La sentencia n.º 70/2001, de 2 de febrero (RJ 2001\1003) es significativa pues habla de un derecho a la calidad ambiental. Algunos de los fragmentos más relevantes, contenidos en el fundamento jurídico quinto (la negrita es propia), son los siguientes:

"Al lado de los derechos públicos, subjetivos, civiles, políticos, sociales y económicos, se puede afirmar la existencia de los derechos vinculados a la calidad de vida y al pleno desarrollo de la personalidad, cuya expresión más sobresaliente es el derecho a la calidad ambiental..."

"Los daños al ambiente y, evidentemente, a la naturaleza, que se producen u originan a causa de las actividades o prácticas agresivas de deterioro y degradación, afectan tanto derechos e intereses de carácter público como de orden privado."

"En la medida que determinadas actividades dañen al ambiente, destruyendo o deteriorando recursos naturales, degradando los componentes biológicos de determinados ecosistemas, o alterando las condiciones de la vida social, es lógico dentro de los principios generales del Derecho, que ello traiga como consecuencia la aplicación de postulados de la responsabilidad jurídica, sea civil, administrativa o penal para el autor o autores del daño."

Considera, además, que el simple hecho de estar sometido de manera más o menos reiterada o continuada a ruidos de ciertas características constituye un daño moral en sí mismo.

Rechaza explícitamente la teoría de la "pre-ocupación" o de la prioridad del uso preexistente, desarrollada por la doctrina francesa, en virtud de la cual quienes, por ejemplo, construyeran sus viviendas cerca de un establecimiento industrial preexistente tenían que soportar y tolerar las molestias causadas por el mismo. En su fundamento jurídico sexto señala: *"ese conjunto de circunstancias concurrentes en el proceso adquisitivo del complejo de los demandantes, no pueden inviabilizar [sic], de por vida, cualquier medio de defensa contra esa patología por los damnificados"*.

- Más recientemente, la sentencia n.º 1.131/2006, de 17 de noviembre (RJ 2006\8052), a propósito de los ruidos, vibraciones e incluso piedras, procedentes de una cantera, rechazó el recurso basándose, fundamentalmente, en la falta de prueba de la relación causal y de los mismos daños. Se trataba, además, y esto es relevante según la sentencia, de una actividad autorizada administrativamente y que cumplía, en su desarrollo, todas las medidas de prevención y de seguridad exigidas. La sentencia no desconoce que las injerencias acústicas puedan suponer una vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria, si bien rechaza el motivo del recurso por no resultar acreditados los trastornos alegados.
- Como última sentencia de relevancia en la materia citar la número 589/2007, de 31 de mayo (RJ 2007\3431). El supuesto de hecho es el siguiente: los propietarios de unas viviendas y terrenos situados cerca de un viaducto, que sirve para el transporte ferroviario de materiales entre dos factorías de ACERALIA, demandan a esta última por los ruidos y vibraciones así como por el impacto visual del trazado ferroviario que se traduce en una depreciación de sus propiedades, solicitando indemnización por este concepto y por daño moral, además de interesar la adopción de las medidas correctoras correspondientes.

La sentencia dedica su primer fundamento a sentar la cuestión litigiosa y resumir los razonamientos de la sentencia de instancia y de apelación.

El fundamento jurídico segundo cita una sentencia anterior, de 13 de julio de 2005, referente a un supuesto idéntico.

El tercer fundamento resulta de sumo interés y muy didáctico, pues expone los aspectos normativos y jurisprudenciales de las inmisiones sonoras y de otra naturaleza, de los que hay que partir para conocer el fundamento de las pretensiones indemnizatorias de los perjudicados. En su segundo párrafo expresa, *"pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de*

sus derechos subjetivos". También califica de aparente "la escasez de normativa [civil] protectora frente a ruidos y otras inmisiones"

Los fundamentos cuarto al séptimo analizan los motivos del recurso. Por lo que aquí interesa, la resolución ratifica la aplicación de los artículos 1.902 y 1.908 del Código Civil realizada por la Sala y, recogiendo la consolidada jurisprudencia de la autonomía civil frente al ámbito administrativo, reconoce el derecho a indemnización "aunque la actividad cuente con autorización administrativa y haya estado precedida del oportuno expediente expropiatorio". En el mismo sentido, en el fundamento séptimo, añade "porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca".

Considera indemnizable, en cuanto daño patrimonial, la depreciación de la finca a causa del trazado ferroviario, teniendo la naturaleza de daño emergente y no de lucro cesante, como alegaba la recurrente (fundamento quinto).

Finalmente, casa la sentencia en lo relativo a la indemnización concedida por la afectación del paisaje (que la sentencia de apelación incluía como un concepto más de la depreciación) señalando que "el paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas."

4.4. Audiencias Provinciales

A continuación se recoge una selección de algunas de las sentencias más recientes sobre la materia, incluyendo dos de juzgados de primera instancia que he considerado interesantes: Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria núm. 86/2008, de 29 de enero, sobre ruidos causados por un pianista; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 23/2008, de 25 de enero de 2008, por ruidos nocturnos ocasionados por un bar que funciona sin licencia; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas núm. 370/2007, de 8 de noviembre, sobre los ruidos causados por un aparato elevador, demandándose a la Comunidad de propietarios. La sentencia confirma el pronunciamiento de instancia y realiza un pormenorizado análisis normativo y jurisprudencial, rechazando el argumento de la apelante de que no se vulneraba la Ordenanza municipal. También acoge la sentencia de instancia en cuanto a la indemnización por daño

moral; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias núm. 406/2007 (Sección 5), de 8 noviembre (JUR 2008\67179) sobre acción ejercitada al amparo de los artículos 590, 1.902 y 1.908 del CC contra los ruidos y demás molestias causadas por una bocatería y un taller de reparación de automóviles; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 545/2007, de 29 de octubre, acerca de ruidos ocasionados por aparato de aire acondicionado, confirmando la sentencia de instancia que ordenó el cese inmediato y definitivo de los ruidos, así como la retirada del aparato por afectar a elementos comunes; Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia núm. 457/2007 (Sección 5), de 2 octubre (AC 2008\59) sobre ruidos ocasionados por la música de un café-bar musical; Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.ª) de 28 de septiembre de 2007, que estima la resolución a instancias del arrendador por actividades molestas e incómodas en la vivienda alquilada derivadas a la atracción de palomas al depositar comida en la terraza; Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada núm. 340/2007 (Sección 3), de 7 septiembre (JUR 2008\24045) desestima la demanda por falta de prueba respecto a la alegación de ruidos excesivos provenientes de un aparato de música de la vivienda contigua; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 321/2007, de Barcelona (Sección 16ª), de 12 de junio (JUR 2007\293458), sobre los continuos ladridos, en especial nocturnos, y los malos olores provocados por la acumulación de excrementos de los animales; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 303/2007 (Sección 20ª), de 14 de mayo (JUR 2007\200438), sobre ruidos producidos por aparatos de aire acondicionado; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 192/2007 (Sección 9ª), de 19 de abril (JUR 2007\965), sobre ruidos procedentes de un trastero utilizado como espacio habitable; Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 68/2007 (Sección 3ª), de 23 de febrero (JUR 2007\1014) acerca de ruidos procedentes de una fábrica de cemento que superan los límites reglamentariamente establecidos, depreciación de propiedades; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 77 de Madrid, de 19 de febrero de 2007, que aplica la presunción del artículo 9.3 de la L.O. 1/1982 de Protección del derecho al honor; Sentencia de la Audiencia Provincial de León núm. 11/2007 (Sección 2ª), de 11 enero de 2007, que estima la acción de cesación consistente en el cese inmediato de la tenencia de perros en el patio interior de su vivienda, causantes de ruidos, así como de numerosos residuos orgánicos que producen malos olores, y ordena a la demandada a mantener el expresado patio en buenas condiciones higiénico- sanitarias, así como a adoptar las medidas de limpieza tendientes a evitar malos olores a los vecinos; Sentencia de la Audiencia

Provincial núm. 403/2006, de Murcia (Sección 5), de 24 octubre (AC 2007\427), sobre ruidos provenientes de aparatos de aire acondicionado estudiando la problemática de la instalación de este tipo de aparatos y la doctrina jurisprudencial al respecto; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 57/2006, de Navarra (Sección 3), de 15 mayo (AC 2007\367), ruidos procedentes a la actividad desarrollada en el local de la entidad demandada (sociedad de cazadores); Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 346/2006, de Burgos (Sección 2), de 27 septiembre (AC 2006\2225), sobre ruidos e incomodidades a los vecinos procedentes de la actividad de un bar que carecía de cualquier tipo de aislamiento acústico; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 471/2006, de las Islas Baleares (Sección 3), de 31 octubre (AC 2006\1907), contiene estudio de la normativa del Código Civil sobre las relaciones de vecindad y las inmisiones, distinguiendo entre el ámbito de actuación propio de la Administración (tutela preventiva de los intereses generales) y la protección de la propiedad y los intereses privados de incuestionable carácter civil; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 366/2006, de las Islas Baleares (Sección 5), de 24 julio (AC 2006\1839), también sobre ruidos procedentes de instalación de aire; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 507/2006, de Pontevedra (Sección 6), de 29 septiembre (AC 2006\1824), sobre ruidos procedentes de actividad-industria de obrador que persisten pese a las reformas de insonorización; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 272/2006, de Barcelona (Sección 14), de 5 mayo (AC 2006\1721), sobre ruidos procedentes de caldera que superan el límite legal; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 98/2006, Barcelona (Sección 17), de 23 febrero (AC 2006\1439), acerca de ruidos excesivos procedentes de un bar situado en los bajos de la finca donde se ubica la vivienda; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 151/2006, de Málaga (Sección 4), de 23 marzo (AC 2006\1382), se trata de unos ruidos supuestamente originados por los motores del grupo de presión propiedad de la Comunidad demandada, centrándose en la relación de causalidad; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 70/2006, de Granada (Sección 3), de 10 febrero (AC 2006\1101), acerca de las molestias como parásitos, ruidos, olores procedentes de un criadero de perros en el fundo vecino, que suponen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los actores; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 112/2006, de las Islas Baleares (Sección 3), de 10 marzo (AC 2006\452), sobre ruidos procedentes de una fábrica, examinando la doctrina jurisprudencia sobre la consideración de las inmisiones sonoras excesivas como intromisión ilegítima en el ámbito de la inviolabilidad domiciliaria; Sentencia de la Audiencia Provincial núm.

43/2006, de Lugo (Sección 1), de 14 febrero (AC 2006\282), los propietarios de un hotel demandan a los de una nave contigua a causa de las molestias, traducidas fundamentalmente en pérdida de clientela, producidas por ladridos de perros; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 327/2004, de A Coruña (Sección 6), de 28 mayo (AC 2006\130), sobre ruidos procedentes del establecimiento de los demandados que le causan graves molestias y exceden del nivel reglamentariamente permitido; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 136/2006, de Bilbo, Bizkaia (Núm. 10), de 11 octubre 2005 (AC 2006\60), resulta muy interesante pues los ruidos son causados por el hijo menor de edad de unos vecinos que toca el piano, a cualquier hora y en habitación no acondicionada al efecto, condenando alternativamente la sentencia a cesar de tocar el instrumento o insonorizar la vivienda; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 464/2005, de Las Palmas (Sección 4), de 11 octubre (AC 2005\1954), sobre molestias, en forma de música con volumen muy elevado, ladridos de perros y otras, causadas por un vecino, privándole temporalmente del uso de la vivienda; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 137/2005, de Navarra (Sección 1), de 6 julio (AC 2005\1803), sobre ruidos y vibraciones en vivienda procedentes de supermercado que resultaban molestos aun siendo ajustados a la normativa aplicable; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 414/2005, de Madrid (Sección 10), de 31 mayo (AC 2005\1217), acerca de ruidos procedentes de circuito automovilístico que exceden notablemente de los niveles tolerables o soportables y que afectan a la vivienda del actor; Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 134/2005, de Madrid (Sección 19), de 18 marzo (AC 2005\384), donde se examina la acción de cesación por actividad de pub no permitida que genera ruidos, estima la excepción de litis consorcio pasivo necesario por ser necesario demandar al propietario y al arrendatario.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. El ruido, ya sea como inmisión en el ámbito de las relaciones de vecindad, como factor perturbador y degradante de la calidad ambiental, o como vulneración de derechos fundamentales, constituye un problema acuciante en nuestra sociedad que hay que atajar.

SEGUNDA. La doctrina del "*derecho a ser dejado en paz*", en feliz expresión del Tribunal Supremo recogida en su sentencia de 29 de abril de 2003, debe de ir siendo acogida en los textos legales, de manera que se respete de forma real y efectiva el ámbito de tranquilidad que a todo ciudadano asiste en su propio domicilio, como lugar

idóneo para el libre desarrollo de la personalidad frente a los demás ciudadanos y poderes públicos.

TERCERA. Si bien la aplicación del Código Civil por los tribunales es suficiente, en el ámbito de las relaciones de vecindad, para dar respuesta a la mayoría de los problemas planteados, es conveniente una modificación del mismo para recoger, como hace el Código Civil catalán, una regulación específica y sistemática de las inmisiones y de la acción negatoria, y así acabar con la actual fragmentariedad e insuficiencia del texto, acogiendo las tendencias jurisprudenciales y doctrinales más recientes.

CUARTA. Es indispensable contar con una legislación clara y precisa en la materia, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental, que posibilite su amplio conocimiento. Esto haría más difícil su inobservancia y favorecería su aplicación por los operadores jurídicos y, en particular, por los tribunales.

QUINTA. Es necesario destacar la autonomía civil respecto al derecho administrativo en este ámbito, lo que se traduce en lo siguiente:

- a) La autorización administrativa de una actividad ruidosa (en forma de licencia) no implica *per se* su licitud desde el punto de vista civil, ni, menos aún, su carácter de tolerable.
- b) Que las emisiones sonoras estén por debajo de los límites administrativamente establecidos no implica la tolerabilidad de las mismas desde el punto de vista civil.
- c) Ahora bien, de existir autorización y no sobrepasarse los límites reglamentarios, debería tener el perjudicado la carga de probar su carácter intolerable. Y, a *sensu contrario*, de faltar autorización o sobrepasarse los límites, la carga de probar que los ruidos no constituyen una inmisión intolerable correspondería al responsable de la emisión sonora.

SEXTA. Incidir en la posibilidad de utilizar la vía de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito civil, a través del cauce del juicio ordinario, cuando las inmisiones sean especialmente graves, en cuanto conculcan derechos fundamentales.

SÉPTIMA. A fin de dar eficacia a la tutela preventiva de la propia inmisión sonora, dar cobertura legal a medidas cautelares dirigidas a evitar la puesta en funcionamiento de actividades ruidosas. Con el mismo fundamento, incluir una diligencia preliminar³⁴ específica

³⁴ Las diligencias preliminares están reguladas en los artículos 256 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tienen por objeto preparar el juicio posterior. Son números clausus pues, al amparo del artículo 256, sólo son admisibles las previstas en el mismo artículo y las que expresamente prevean leyes especiales.

consistente en la exhibición de la documentación relacionada con la puesta en marcha de una actividad ruidosa, permitiendo así a los posibles y futuros afectados reaccionar cuando, a la vista de aquélla, sea evidente o altamente probable que las medidas contra el ruido, que seguro generará la actividad una vez en funcionamiento, son inexistentes, insuficientes o inadecuadas.

OCTAVA. La cesación de la propia actividad origen del ruido y la abstención de desarrollarla en el futuro deben ser una consecuencia excepcional cuando no quepan otras medidas correctoras, sobre todo cuando éste provenga de actividades de interés público.

NOVENA. Superar la posición individualista en la reacción frente al ruido, permitiendo acudir a mecanismos de legitimación colectiva (asociaciones y grupos de afectados) como los que existen en el ámbito de los consumidores en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 6.1.7, 7.7, 13.1, 15, etc.) y que posibilita el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (RCL 1985/1578), para accionar frente a daños difusos o difíciles de concretar en un sujeto determinado, típicos de perturbaciones por ruido, o cuando el sujeto afectado sea, por así decirlo, el propio medio ambiente en su integridad, dotando así de efectividad al derecho consagrado en el artículo 45 de la Constitución Española.

DÉCIMA. Distinguir claramente las acciones dirigidas al cese de la inmisión y de abstención de inmisiones futuras, de aquellas otras que tengan por objeto obtener el resarcimiento considerándolas, cuando se ejerzan conjuntamente, como autónomas e independientes.

UNDÉCIMA. La legitimación para el ejercicio de las acciones de cesación y abstención (en particular, la negatoria) debería corresponder a los moradores de la vivienda o usuarios del espacio físico perturbado por el ruido, haciendo abstracción de la titularidad dominical o de cualquier otro derecho real de goce o disfrute, pues lo relevante a efectos jurídicos es quién sufre el perjuicio. Para concluir, como afirman LLAMAS POMBO y MACÍAS CASTILLO "El ruido en particular, no conoce de propiedades o paredes medianeras, de arrendatarios o usufructuarios, sino que, sin atender a la condición de la persona o al título jurídico que ésta ostente, la arremete sin piedad"³⁵.

³⁵ LLAMAS POMBO, EUGENIO y MACÍAS CASTILLO, AGUSTÍN, en "Algunos paradigmas jurisprudenciales de la responsabilidad civil derivada del ruido" publicado en Actualidad Civil, 1998, Ref^o XLIV, pág. 1059, Tomo 4.

consistente en la exhibición de la documentación relacionada con la puesta en marcha de una actividad ruidosa, permitiendo así a las posibles y futuras víctimas reaccionar cuando a la vista de aquella son evidentes o altamente probables que las medidas adoptadas que se adoptarán para garantizar la actividad una vez en funcionamiento, son inadecuadas, insuficientes o inadecuadas.

OCTAVA. La cesación de la propia actividad origen del ruido y la abstención de desarrollar en el futuro deber ser una consecuencia excepcional cuando no queden otras medidas correctoras, sobre todo cuando este montes de actividades de interés público.

NOVENA. Supone la posición individual en la sección I del ruido, permitiendo admitir a reconocimientos de legitimación colectiva (asociaciones y grupos de afectados) como los que existen en el ámbito de los consumidores en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 7.º, 8.º, 9.º, 10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º, 15.º, 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º, 36.º, 37.º, 38.º, 39.º, 40.º, 41.º, 42.º, 43.º, 44.º, 45.º, 46.º, 47.º, 48.º, 49.º, 50.º, 51.º, 52.º, 53.º, 54.º, 55.º, 56.º, 57.º, 58.º, 59.º, 60.º, 61.º, 62.º, 63.º, 64.º, 65.º, 66.º, 67.º, 68.º, 69.º, 70.º, 71.º, 72.º, 73.º, 74.º, 75.º, 76.º, 77.º, 78.º, 79.º, 80.º, 81.º, 82.º, 83.º, 84.º, 85.º, 86.º, 87.º, 88.º, 89.º, 90.º, 91.º, 92.º, 93.º, 94.º, 95.º, 96.º, 97.º, 98.º, 99.º, 100.º).

DÉCIMA. Distinguir claramente las acciones dirigidas al caso de la inmisión y de abstención de imisiones futuras, de aquellas otras que tengan por objeto obtener el resarcimiento correspondiente, cuando se ejerzan conjuntamente como autónomas e independientes.

UNDÉCIMA. La adquisición para el ejercicio de las acciones de cesación y abstención (en particular la posesión) deberá corresponder a los moradores de la vivienda o usuarios del espacio físico perturbado por el ruido, haciendo abstracción de la titularidad dominical o de cualquier otro derecho real de goce o disfrute, pues lo relevante a efectos jurídicos es quien sufre el perjuicio. Para conocer más detalles véase el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el sujeto pasivo de las acciones de cesación y abstención es el titular de la actividad ruidosa, o de cualquier otro derecho real de goce o disfrute, pues lo relevante a efectos jurídicos es quien sufre el perjuicio. Para conocer más detalles véase el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.º El artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el sujeto pasivo de las acciones de cesación y abstención es el titular de la actividad ruidosa, o de cualquier otro derecho real de goce o disfrute, pues lo relevante a efectos jurídicos es quien sufre el perjuicio. Para conocer más detalles véase el artículo 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EL DERECHO DE REVERSIÓN

Por
SILVIA PÉREZ BICAYO
LEYENDA DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID
LEYENDA DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID
LEYENDA DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

COMENTARIOS

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN ACTUAL

La reversión es una figura que se encuadra dentro del instituto jurídico de la expropiación forzosa. Si entendemos por esta "cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenecieran, acordada imperativamente, ya implícitamente, permitiendo, cesando, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio" (art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 -LEF-), la reversión es un derecho de configuración legal que faculta al expropiado a recuperar los bienes si se cumplen determinados requisitos y plazos. Como señala García de Enterría en su célebre y ya clásica obra "Curso de Derecho Administrativo", es la última garantía de que goza el expropiado.

La reversión es el derecho que tiene el sujeto expropiado a sus causahabientes, de recuperar el bien o derecho ya expropiado en el caso de no cumplirse la causa expropiatoria, es decir, cuando no se verifica la causa de utilidad pública o interés social que motivó y justificó la expropiación forzosa.

Etimológicamente procede del latín, reversio, reversiois, que significa retorno o regreso. En el diccionario de nuestra lengua de la Real Academia Española, se define como "recuperación de una cosa al estado que tenía" y acción y efecto de revertir, es decir, "volver una cosa a la propiedad que tenía antes".

La regulación de este derecho es de contenido legal ya que el art. 33 de la Constitución Española de 1978 "Se reconoce el derecho a

EL DERECHO DE REVERSIÓN

POR

SILVIA PÉREZ BLANCO

LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

LETRADA-JEFE ADJUNTA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

VOCAL DEL JURADO TERRITORIAL DE EXPROPIACIÓN

Sumario: 1. CONCEPTO Y REGULACIÓN ACTUAL. 2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. 3. NATURALEZA JURÍDICA. 4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 5. REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS. 6. SUPUESTOS DE LA REVERSIÓN. EXCEPCIONES. PLAZO PARA SU EJERCICIO. 7. EFECTOS Y RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 8. SUPUESTOS DE REVERSIÓN DEL ART.29 DE LA LEY 8/07 DE SUELO.

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN ACTUAL

La reversión es una figura que se enmarca dentro del instituto jurídico de la expropiación forzosa. Si entendemos por ésta *“cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio”* (art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 —LEF—), la reversión es un derecho de configuración legal que faculta al expropiado a recuperar los bienes si se cumplen determinados requisitos y plazos. Como señala García de Enterría en su célebre y ya clásica obra *“Curso de Derecho Administrativo”*, es la última garantía de que goza el expropiado.

La reversión es el derecho que tiene el sujeto expropiado o sus causahabientes, de recuperar el bien o derecho ya expropiado en el caso de no cumplirse la causa expropiandi, es decir, cuando no se verifica la causa de utilidad pública o interés social que motivó y justificó la expropiación forzosa.

Etimológicamente procede del latín, *reversio*, *reversionis*, que significa retorno o regreso. En el diccionario de nuestra lengua de la Real Academia Española, se define como *“restitución de una cosa al estado que tenía”* y acción y efecto de revertir, es decir, *“volver una cosa a la propiedad que tuvo antes”*.

La regulación de este derecho es de contenido legal ya que el art. 33 de la Constitución Española de 1978 (*“Se reconoce el derecho a*

la propiedad privada y a la herencia. La función social de estos derechos delimitará su contenido con arreglo a las leyes. Nadie podrá ser privado de sus bienes o derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes”) no lo menciona como contenido esencial de la expropiación.

Por ello, hay que acudir al art. 54 de la citada LEF, que nos ofrece una definición legal de este derecho o más bien los presupuestos de hecho y las excepciones:

1. “En el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciera la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera su titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente.
2. No habrá derecho de reversión, sin embargo, en los casos siguientes:

- a) Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. En este supuesto la Administración dará publicidad a la sustitución, pudiendo el primitivo dueño o sus causahabientes alegar cuanto estimen oportuno en defensa de su derecho a la reversión, si consideran que no concurren los requisitos exigidos por la ley, así como solicitar la actualización del justiprecio si no se hubiera ejecutado la obra o establecido el servicio inicialmente previstos.
- b) Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante diez años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio”.

Finalmente y como veremos luego, el art. 55 LEF regula lo que podríamos denominar las consecuencias del ejercicio de la reversión es decir, cómo se devuelve el justiprecio por el expropiado y cómo y en qué condiciones recupera éste el bien o derecho expropiado en su día.

En cuanto al desarrollo reglamentario de este derecho, es de advertir que los arts. 63 a 70 del Reglamento de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957 (REF) están vigentes en tanto no se opongan a la regulación legal, tras la nueva redacción de los arts. 54 y 55 LEF operada por la D. Adicional 5ª de la

Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999. Alguno de ellos (v.gr el art. 69 REF) que está en abierta oposición a lo que regula la LEF (en concreto al art. 55) debe entenderse tácitamente derogado por la norma de rango superior.

A nuestro juicio, la regulación legal contenida en la LEF y en la nueva Ley del Suelo de 28 de mayo de 2007 (en adelante Ley 8/07) es adecuada y suficiente, sin necesidad de acudir al reglamento.

Para concluir este apartado de normativa, destacar que la Ley 8/07 que está en vigor desde el 1 de julio de 2007, contiene una regulación de la reversión específica y propia de las expropiaciones urbanísticas, que ni deroga ni entra en contradicción con los arts. 54 y 55 de la LEF. Así, el art. 29 de la Ley 8/2007, señala:

1. “Si se alterara el uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, procede la reversión salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Que el uso dotacional público que hubiera motivado la expropiación hubiera sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, o bien que el nuevo uso asignado al suelo sea igualmente dotacional público.
 - b) Haberse producido la expropiación para la formación o ampliación de un Patrimonio público de Suelo, siempre que el nuevo uso sea compatible con los fines de éste.
 - c) Haberse producido la expropiación para la ejecución de una actuación de urbanización.
 - d) Haberse producido la expropiación por incumplimiento de los deberes o no levantamiento de las cargas propias del régimen aplicable al suelo conforme a esta ley.
 - e) Cualquiera de los restantes supuestos en que no proceda la reversión de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa.”

2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Sin ánimo de entretenernos, sí destacaremos algunos antecedentes que nos ayudarán a comprender mejor la naturaleza de la figura objeto de nuestro estudio y su evolución jurídica:

1. La Ley de Enajenación forzosa de 1836: No regulaba exactamente el derecho de reversión, sino una suerte de derecho de tanteo que se ejercitaba si el expropiante o beneficiario decidían

la venta del bien expropiado. Entonces, "...el respectivo dueño será preferido en igualdad de precio a otro cualquier comprador" (art. 9).

2. La Ley de Expropiación forzosa de 1879, ya lo configura como un verdadero derecho de reversión y establecía el plazo de un mes para pedirla.

"En caso de no ejecutarse la obra que hubiese exigido la expropiación, o en el de que aun ejecutada resultare alguna parcela sobrante, el primitivo dueño podrá recobrar lo expropiado, devolviendo la suma que hubiere recibido..." (art. 45).

3. La redacción original de la LEF de 1954 que ha durado hasta finales del siglo pasado, señalaba que "En caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado" (art. 54). "El plazo... será de un mes, a contar desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución, terminación o desaparición de la obra o servicio público, o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado" (art. 55).

Esta redacción mantenía un plazo prácticamente ilimitado para el ejercicio de este derecho cuando no existía esa notificación administrativa de la inejecución; ello dio lugar, a múltiples abusos y fraudes de ley en el ejercicio del derecho de reversión, lo cual motivó la actuación del legislador en 1999, con la redacción actual de los artículos 54 y 55 de la LEF que transcribimos en el apartado I, si bien se hizo la reforma a través de una Disposición Adicional de la Ley de Ordenación de la Edificación.

4. La Ley del Suelo y Valoraciones de 1998, que ha quedado derogada por mor de la Disposición derogatoria única de la Ley 8/07, desde el 1-7-07, cuyo art. 40 regulaba el derecho de reversión para las expropiaciones urbanísticas, en términos similares a los de la vigente ley de 2007, la cual se limita a añadir el supuesto de segregación de vuelo y subsuelo y a regular el derecho de retasación.

Finalmente, destacar la existencia de un Anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa de 2002, que quedó sin ver la luz, cuyos artículos 81 y 82 tienen el mismo tenor literal de los actuales 54 y 55 de la LEF.

3. NATURALEZA JURÍDICA

¿La reversión es un derecho personal o real? Incluso podría reputarse una categoría intermedia (el llamado *ius ad rem*, o derecho a la cosa).

Los partidarios del carácter real del derecho de reversión (González Pérez, Bermejo Vera) parten de que el mismo es una especie de derecho real de adquisición. Como derecho real es transmisible y ejercitable erga omnes.

No compartimos esta tesis por cuanto que el derecho de reversión no supone un poder inmediato y directo sobre la cosa expropiada, que es lo característico de los derechos reales, antes bien, es una facultad que debe ser ejercitada ante la Administración y requiere un acto administrativo reconociendo el derecho a la recuperación de la cosa expropiada por no darse la utilidad pública o el interés social determinante de la expropiación.

Además la posible eficacia frente a terceros de un derecho personal no lo convierte, por este solo hecho, en real. Y respecto a su transmisibilidad, no es obstáculo para que sea un derecho personal, ya que solo los derechos personalísimos son intransmisibles.

A nuestro juicio, la reversión es más un derecho personal y transmisible, tanto inter vivos como mortis causae.

Para otros autores (Pérez Moreno) la reversión sería una suerte de carga legal (STS. 9-4-1996. Ar. 3049: "El derecho de reversión...viene constituido por el incumplimiento de la carga de afectación de los mismos a la causa legitimadora de la operación expropiatoria...").

Sin embargo, entendemos que no hay tal carga, sino que como señala G^a de Enterría la reversión es un efecto derivado de la desaparición de la causa de la expropiación, que determina la ineficacia sobrevenida de la misma, con efectos ex nunc, es decir, sin carácter retroactivo.

La tesis doctrinal y jurisprudencial de que la reversión es una condición resolutoria (STS 11-4-1989. Ar.2837: "El derecho de reversión no viene a ser otra cosa que una condición resolutoria creada por la ley..."), no nos parece tampoco correcta ya que —a parte de que las condiciones resolutorias operan siempre y de modo automático según los artículos del Código Civil— la reversión no se debe al incumplimiento de una condición, sino a la cesación de la causa expropiandi.

Si analizamos la JURISPRUDENCIA de la Excma. Sala Tercera del Tribunal Supremo, destacamos la STS de 14 de julio de 1992 (ar.5841) que habla de la reversión como una "revocación de la expropiación por el incumplimiento de la causa expropiandi" y la STS de 5 de octubre de 1993 (ar.7186) que considera que el derecho de reversión

“está configurado como un efecto especial producido por el juego de la causa de la expropiación, pudiendo ser caracterizado como la consecuencia de una invalidez sobrevenida a la expropiación por la desaparición del elemento esencial de la causa que la motiva...”

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la STC 67/1988 de 18 de abril, acepta esta tesis al afirmar que *“la reversión se ha caracterizado dogmáticamente como una especie de invalidez sobrevenida de la expropiación por desaparición del elemento esencial de la misma, la causa de utilidad pública o interés social de que habla el art. 33 de la Constitución...”*

García Gómez de Mercado señala acertadamente que la reversión constituye un caso de ineficacia y no de invalidez, ya que la expropiación cumplió todos sus requisitos, provocada ya que es preciso que el reversionista ejercite su derecho y de carácter sobrevenido, ya que no tiene efectos retroactivos.

Para terminar la configuración de la naturaleza de este derecho de reversión, diremos que el mismo surge en el momento de la expropiación si bien su eficacia y ejercicio queda condicionado a ciertas circunstancias posteriores (Gimeno Feliú); por ello, la legislación aplicable será la que rija en el momento de solicitarse la reversión. Será objeto de un nuevo expediente distinto y separado del expediente expropiatorio.

Por último, debe distinguirse la reversión (ineficacia sobrevenida) del llamado desistimiento de la expropiación; este último caso tiene lugar cuando no se concluye la expropiación hasta su terminación: el procedimiento expropiatorio queda inacabado, abandonándose antes de que se transfiera la propiedad del bien o derecho expropiado.

En este sentido, la STS de 23 de marzo de 1993 (Ar.1913) señala que no puede producirse el desistimiento cuando ya ha tenido lugar la ocupación del bien expropiado, ya que es en ese momento cuando se ha transferido la propiedad a la Administración expropiante o al beneficiario.

Como sabemos, el Consejo de Estado (por todos, el Dictamen nº 25.204 de 9 de julio de 1959) ha dictaminado en reiteradas ocasiones que con la ocupación de la finca (levantamiento del acta de ocupación) se produce la transmisión de la propiedad a la Administración expropiante o al beneficiario y dicha acta constituye título suficiente para la inscripción registral. Luego el desistimiento de la expropiación deberá ser anterior a la ocupación. Daría derecho a exigir al “frustrado” expropiado, responsabilidad patrimonial a la Administración (al amparo del art. 106.2 de la CE y arts. 139 y ss. Ley 30/92) por los daños y perjuicios sufridos, pero no podría ejercitar un derecho de reversión propiamente dicho ya que la expropiación no se consumó.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con motivo del Decreto-Ley de expropiación de RUMASA el 23 de febrero de 1983, luego convalidado en Ley 29 de junio de 1983, se dictaron diversas sentencias por el Tribunal Constitucional —algunas de ellas muy polémicas— que interpretan los preceptos constitucionales tanto de la potestad de expropiación forzosa como del derecho de reversión.

En lo que a la reversión se refiere, la idea principal es que la reversión es un derecho de configuración legal, ya que no emana directamente de la Constitución (el art. 33 ni siquiera lo menciona). Por todas, la STC 67/1988 de 18 de abril (BOE 5/5/1988) en su fundamento jurídico sexto señala:

“No cabe duda que el art. 33.3 de la CE no ha incluido dentro de las garantías constitucionales de la expropiación el derecho de reversión, que es en consecuencia un derecho de configuración legal. [...] No existe pues en nuestro ordenamiento, ni una norma constitucional, ni una regla legal que imponga para todos los tipos y casos de expropiaciones el derecho de reversión...”

La consecuencia de ello es que no existe una exigencia absoluta de regulación idéntica del derecho de reversión, ni éste podría surgir cuando a los bienes y derechos expropiados pueda darse algún destino consecuente con la causa expropiandi, aunque no sea una afectación a una obra o servicio público (STC 166/1986).

El Tribunal Supremo ha seguido esta línea jurisprudencial, destacando la STS de 31 de mayo de 1993 (ar.3876) en la que afirma que el derecho de reversión no tiene rango constitucional, es un derecho de configuración legal y en consecuencia no toda expropiación tiene que reconocer y respetar el derecho de reversión en su normal intensidad, de modo que tal derecho puede ser eliminado o modulado por el legislador en supuestos específicos, atendiendo de modo razonable y no arbitrario a la finalidad de la expropiación...

En resumen, el derecho de reversión no tiene por qué establecerse de igual modo en todo momento y supuesto, de suerte que el legislador puede variar o modular dicho derecho.

La otra idea destacable se refiere al marco competencial de las diversas AAPP, que es competencia exclusiva de la Administración General del Estado la regulación del derecho de reversión (art. 149.1.18ª CE) ya que *“la competencia legislativa de éste sobre la expropiación forzosa se refiere a la institución expropiatoria en su totalidad y por tanto, también a una de sus posibles garantías legales como es el*

derecho de reversión. [...] También en los supuestos en que se excluye la reversión, el Estado tiene competencia exclusiva para establecer, mediante criterios generales los supuestos en los que pese a darse variaciones o mutaciones en los fines expropiatorios no hay derecho de reversión" (STC 164/2001 de 11 de julio, fundamento jurídico 39, en relación con el art. 40 de la Ley 6/98 de Suelo y Valoraciones que se declarara conforme a la Constitución).

Ello no significa que las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias no puedan establecer los casos en que procede aplicar la expropiación forzosa, determinando las causas de expropiar y los fines de interés público a que aquella debe servir (STC 37/1987 de 26 de marzo, fundamento jurídico 6, en relación con la Ley de Reforma Agraria de Andalucía).

Finalmente y sobre la distinción entre la función legislativa de las Cortes Generales y la facultad expropiatoria de la Administración y si puede el poder legislativo aprobar leyes "expropiatorias", con motivo de la expropiación de RUMASA se dictó la STC de 19 de diciembre de 1986 (BOE 3/1/1987) señala:

"... la función legislativa tiene por objeto ordinario la producción de normas dirigidas a la ordenación justa y racional de la comunidad y la función ejecutiva el de actuar en atención a un fin concreto de interés general [...]. La potestad expropiatoria, así concebida, vino y viene considerándose función administrativa encomendada consiguientemente a los órganos de la Administración, aunque ello ha dejado de ser obstáculo alguno para que se admita, por las razones ya expuestas, que el legislador ejercite singularmente esta potestad cuando lo justifique una situación excepcional, y ello es perfectamente trasladable a nuestra Constitución, la cual no establece reserva de la materia expropiatoria a favor de la Administración".

5. REQUISITOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

La Administración Pública ante la que debe solicitarse el derecho de reversión es aquella en cuyo poder se encuentre el bien expropiado en el momento de la solicitud; o bajo cuyo ámbito esté el beneficiario. Esta Administración es la que decide, oído el beneficiario. Por tanto y para el caso de que el bien expropiado ya no se encuentre en manos de la Administración que expropió sino de otra, es ante esta última ante la que tiene que solicitarse la reversión.

Antes de la reforma de la LEF por la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, era competente la Administración expropiante,

cualquiera que fuese el beneficiario o el actual titular del bien expropiado. Con la nueva redacción de la ley queda claro que es la Administración en cuya propiedad se encuentre el bien en el momento de solicitarse la reversión. Así lo dispone el apartado 4 del art. 54 de la LEF: *"La competencia para resolver sobre la reversión corresponderá a la Administración en cuya titularidad se halle el bien o derecho en el momento en que se solicite aquella o a la que se encuentre vinculado el beneficiario de la expropiación, en su caso, titular de los mismos"*.

El derecho de reversión se ejercita por el que fue propietario del bien o derecho expropiado o por sus causahabientes. También puede ejercitarse por el adquirente inter vivos de ese derecho, ya que el mismo es transmisible. Finalmente y en cuanto al objeto, se pretende la recuperación del bien o derecho que fue expropiado, única y exclusivamente.

6. SUPUESTOS DE LA REVERSIÓN. EXCEPCIONES. PLAZOS PARA SU EJERCICIO

Como vimos es el apartado 1 del art. 54 de la LEF el que contiene la regla general de los casos en que procede este derecho.

1. El primer caso es la no ejecución de la obra o no establecimiento del servicio que motivó la expropiación.

Para ello es necesario que haya una inactividad total y absoluta, por lo que la reversión no prosperará si las obras se han iniciado aunque no hayan concluido del todo.

Sí procedería la reversión cuando se iniciaron las obras pero éstas se paran por más de dos años por causa imputable a la Administración, tal y como dispone el art. 54.3 en su letra c) *"Cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para su reanudación"*.

También procedería la reversión cuando se da una total falta de identidad entre la obra ejecutada realmente y la pretendida originariamente.

En el caso de que la Administración notifique al interesado la no ejecución, éste dispone de un plazo de tres meses para pedirla, plazo éste que fija con claridad el apartado 3 del citado artículo *"Cuando de acuerdo con lo establecido en los apartados anteriores de este artículo proceda la reversión, el plazo para que el dueño primitivo o sus causahabientes puedan solicitarla será el de tres meses, a contar desde la fecha*

en que la Administración hubiera notificado el exceso de expropiación, la desafectación del bien o derecho expropiados o su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio”).

Si no hay notificación, el interesado podrá solicitarla cuando hayan transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien expropiado sin que se hayan iniciado las obras, tal y como lo establece la letra b) del citado apartado 3 del artículo 54.

2. El segundo caso es cuando existan parcelas sobrantes que no han sido empleadas para la ejecución de la obra o establecimiento del servicio.

Es necesario que se haya producido efectivamente dicho exceso y que no hayan transcurrido 20 años desde la toma de posesión de los bienes o derechos, tal y como impone la letra a) del mismo artículo y apartado.

Hay que considerar que no procederá la reversión si “la Administración planteó la expropiación del terreno como un todo con una finalidad única e indivisible, de modo que la reversión de solo una parte del terreno y no de otra carece de fundamento jurídico” (STS 18-12-1990). Tampoco procede si los bienes han sido expropiados con el carácter de indispensables para futuras ampliaciones, si bien en una expropiación de este tipo debe hacerse constar así expresamente (STS 14-10-1987).

3. El último supuesto es el de la desafectación: expresa, una declaración por la que se desafecta el bien objeto de la expropiación (por haberse cumplido su finalidad o porque se estime innecesario seguir destinando el bien a dicha finalidad). Para que la desafectación tácita prospere es preciso que se deduzca de actos, hechos o situaciones concluyentes y claras.

En cualquiera de los dos casos, la desafectación presupone la realización de la obra o el establecimiento del servicio, si bien por el desuso, abandono o por decisión administrativa expresa, desaparece la afectación de los bienes expropiados.

Cuando en cualquiera de estos tres supuestos y aun concurriendo los requisitos antedichos, NO procede la reversión en las excepciones que marca la ley en el apartado 2 del tan citado art. 54 LEF:

- Cuando simultáneamente a la desafectación del fin que justificó la expropiación se acuerde justificadamente una nueva afectación a otro fin que haya sido declarado de utilidad pública o interés social. Es necesario que la Administración dé publicidad a esta situación y que el interesado sea oído.
- Cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue

durante 10 años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio. Aquí el legislador entiende que con este periodo de tiempo razonable se ha cumplido el fin.

En cuanto al ejercicio en sí del derecho, ya hemos señalado que es necesario solicitarlo ante la Administración que posea el bien o derecho cuya reversión se pretende y en el plazo de tiempo legal de tres meses a contar desde el día siguiente a la notificación de la desafectación del bien, del exceso o sobrante expropiado o su propósito de no ejecutar la obra o de no implantar el servicio.

La notificación debe hacerse por la Administración en los términos de los arts. 58 y 59 de la Ley 30/92, por lo que solo procede la notificación edictal (diario oficial y en tablón del Ayuntamiento donde radique el bien) cuando se haya intentado la notificación personal y ésta haya sido infructuosa. El plazo es preclusivo y de caducidad.

El problema surge cuando no hay notificación. Entonces la ley permite ejercitarlo en cualquier momento, dentro de estos plazos:

“Cuando se hubiera producido un exceso de expropiación o la desafectación del bien o derecho expropiados y no hubieran transcurrido veinte años desde la toma de posesión de aquéllos”. Entiendo que la solicitud debe hacerse en cualquier momento dentro de esos 20 años.

“Cuando hubieran transcurrido cinco años desde la toma de posesión del bien o derecho expropiados sin iniciarse la ejecución de la obra o la implantación del servicio”. Aquí pasados esos cinco años, el interesado puede solicitarlo ¿en cualquier momento? Entiendo que a los tres meses de que hubiera conocido o podido conocer la situación habilitante.

“Cuando la ejecución de la obra o las actuaciones para el establecimiento del servicio estuvieran suspendidas más de dos años por causas imputables a la Administración o al beneficiario de la expropiación sin que se produjera por parte de éstos ningún acto expreso para su reanudación”. Pasados esos dos años, puede solicitarlo en cualquier momento, si bien, si ha conocido esa situación, debe pedirlo a los tres meses.

En conclusión, hay que considerar para el caso que no exista notificación, los principios de justicia, equidad y seguridad jurídica, ya que “no cabe afirmar que la facultad de revertir queda a la omnímoda voluntad de los expropiados o sus causahabientes con la consiguiente indefinición de la titularidad y destino de los bienes o derechos expropiados...” (STS 18 de abril de 1997). Precisamente la reforma de la LEF en 1999 se hizo para evitar abusos y fraude de ley en el ejercicio de este derecho.

El ejercicio del derecho de reversión en este caso de ausencia de notificación, entendemos que está sujeto al plazo de prescripción de 15 años del Código Civil, propio de los derechos personales. Hay que considerar además la buena o mala fe del ejercitante, es decir, si conoció o pudo conocer dado el caso concreto, las circunstancias habilitantes de la reversión.

7. EFECTOS Y RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El efecto de la reversión es la devolución del bien o derecho expropiado al particular, que por tanto, vuelve a ser propietario del mismo y la simultánea devolución del justiprecio recibido en su día, actualizado con el Índice de Precios al Consumo (IPC).

Así, el art. 55.1 LEF es claro al afirmar: *"Es presupuesto del ejercicio del derecho de reversión, la restitución de la indemnización expropiatoria percibida por el expropiado, actualizada conforme a la evolución del índice de precios al consumo en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la de ejercicio del derecho de reversión. La determinación de este importe se efectuará por la Administración en el mismo acuerdo que reconozca el derecho de reversión."*

El problema principal de la consumación de la reversión es qué sucede si el bien ha pasado a manos de terceros adquirentes de buena fe, los cuales están amparados por el art. 34 de la LH (*"El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro"*).

Ya el art. 69 del REF disponía que la reversión tendría lugar aun cuando el bien haya pasado a terceros adquirentes de buena fe, con lo que en la práctica, como señalaba el hipotecarista Chico Ortiz se suspendía la fe pública registral del art. 34 de la LH, lo cual vulneraba el principio de jerarquía normativa.

Sea como fuere, desde 1999 es una ley (art. 54.5 LEF, que transcribimos a continuación) la que impone la obligación de hacer constar en el registro de la Propiedad (en las inscripciones de dominio y derechos reales) el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros de buena fe. Si no consta inscrito el derecho de reversión, no será oponible a terceros que adquirieron con posterioridad el bien o derecho expropiado de buena fe y mediante precio.

"En las inscripciones en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente, sin cuya constancia registral el derecho de reversión no será oponible a los terceros adquirentes que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria".

Ello debe ponerse en relación con el art. 6 del Reglamento Hipotecario: *"Si un inmueble de propiedad privada adquiere naturaleza de bien de dominio público, se hará constar esta circunstancia en la inscripción del título de expropiación, deslinde, cesión obligatoria o cualquier otro del que resulte tal condición"*. Lo que impone este artículo es la inscripción del título de expropiación, es decir, el acta de ocupación, pero debe hacerse constar también la existencia de la reversión para que ésta sea oponible a terceros.

La otra consecuencia de la reversión es la devolución paralela del justiprecio percibido, el cual, de conformidad con el art. 55.1 de la LEF se actualizará con el IPC correspondiente al período entre la fecha del inicio del expediente del justiprecio y la fecha en que se ejercitó la reversión. Será calculado por la Administración ante la que se ejercite el derecho de reversión. El pago o consignación deberá efectuarse por el reversionista a los tres meses desde la notificación del acto administrativo que la determine, de conformidad con el art. 55.3.

Debe consignarse la cantidad previamente a acudir a los Tribunales (si es que el reversionista no está conforme con el cálculo efectuado por la Administración), y solo en el caso de sentencia relativa a la reversión, la cantidad a reembolsar o pagar será incrementada por el interés legal a contar desde la fecha en que se hizo el primer pago.

Hay que destacar que la ley contempla tres supuestos: que *"el bien hubiera experimentado cambios en su calificación jurídica"*, que se *"hubiesen incorporado mejoras"* o *"sufrido menoscabos"*; es decir, que el bien que se va a devolver al expropiado sea "distinto" por haber mejorado o empeorado en sus características. En cualquiera de estos casos, se procederá a una nueva valoración del mismo.

Así el art. 55.2 señala: *"Por excepción, si el bien o derecho expropiado hubiera experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionaran su valor o hubieran incorporado mejoras aprovechables por el titular de aquel derecho o sufrido menoscabo de valor, se procederá a una nueva valoración del mismo, referida a la fecha de ejercicio del derecho, fijada con arreglo a las normas contenidas en el capítulo III del Título II de esta Ley"*.

En definitiva se trata de una nueva tasación, la cual se efectuará a la fecha del inicio del expediente de reversión, conforme a los criterios de valoración de los arts. 22 y ss. de la nueva Ley 8/2007. Lo que conlleva la posibilidad de mutuo acuerdo o en su defecto la fijación del nuevo valor por el Jurado de Expropiación, si bien aquí no se incluye el 5% del premio de afección.

Finalmente, cabe plantearse qué sucede cuando no puede devolverse el bien expropiado (v.gr. porque haya pasado a formar parte del dominio público). Procedería entonces una indemnización sustitutoria.

Se plantea el problema de su cálculo: la indemnización no puede ser el valor originario del bien, ya que la expropiación fue perfectamente válida ni tampoco el valor de lo expropiado al tiempo de la reversión, ya que no debe olvidarse que el reversionista debe devolver el justiprecio recibido actualizado con el IPC. Gómez de Mercado entiende que esta indemnización comprendería la diferencia entre el justiprecio a devolver y el valor de mercado del bien en ese momento.

8. SUPUESTOS DE REVERSIÓN DEL ART. 29 DE LA LEY 8/07 DE SUELO

Este precepto regula el derecho de reversión motivado por expropiaciones urbanísticas, es decir, las expropiaciones por razón del planeamiento y en ejecución del mismo.

Como es sabido, el planeamiento urbanístico puede optar por uno de los tres sistemas (cooperación, compensación y expropiación) para ejecutar —en una unidad de actuación— el contenido del plan, es decir, para llevarlo a la práctica.

Sin extralimitarnos de la materia que nos ocupa, es de advertir que el sistema de actuación por expropiación ya no es un sistema subsidiario respecto a los otros dos (como sucedía con el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976), sino que desde la LS de 1992 y sobre todo desde la Ley 6/98 de Suelo y Valoraciones, el planificador urbanístico tiene libertad para escoger motivadamente entre cualquiera de los sistemas. En la misma línea continúa la Ley 8/07 de Suelo y en concreto su art. 3.

Así, el art. 4 de la Ley 6/1998 señalaba que *"1. Los propietarios deberán contribuir en los términos establecidos por las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá en todo caso, la dirección del proceso, sin perjuicio de respetar la iniciativa de aquellos. 2. La gestión pública a través de su acción urbanizadora y de las políticas de suelo, suscitará en la medida más amplia posible, la participación privada"*.

Interpretando este artículo el Tribunal Constitucional en su STC 164/2001 de 11 de julio, en el fundamento jurídico noveno, señala:

"El art. 4 de la LSV no atribuye necesariamente a los propietarios la iniciativa urbanística; menos aún excluye a otros agentes económicos de las labores de transformación del suelo. La iniciativa de los propietarios a que se refiere el art.4 de la LSV se reconoce en el marco de "la acción urbanística de los entes públicos".

En cuanto al apartado 2 del citado artículo 4, el TC precisa que *"No se impone sistema alguno de ejecución, tampoco se predetermina quién, cómo o cuándo puede participar. Estas opciones normativas corresponden al legislador autonómico."*

En consecuencia y por lo que a la Comunidad de Madrid se refiere, la Ley 9/01 de Suelo de 17 de julio, señala en su art. 102 a) *"La elección del sistema de actuación se efectuará por la Administración actuante entre los diferentes previstos en la presente ley, en coherencia con su política urbanística"*.

En este sentido, podemos destacar como significativas las recientes sentencias de la Sección Primera del TSJ de Madrid, desestimando los recursos planteados frente al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de 17 de junio de 2004, por el que se aprobó definitivamente la Revisión del PGOU de Getafe, en los ámbitos que fueron objeto de aplazamiento en 2003, y en concreto sobre la elección del sistema de expropiación para determinados sectores.

La sentencia de 11 de enero de 2008, dictada en el recurso 3126/2004, recoge la doctrina jurisprudencial habida en las anteriores sentencias sobre ese mismo objeto (Sentencias de 5 de julio, 14 de septiembre y 17 de octubre de 2007) y en su fundamento jurídico segundo avala la tesis defendida por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid (basada en esta STC 164/2001) en cuanto a la libertad de elección del sistema de actuación por el planificador urbanístico y la regulación por el art. 102 de la Ley 9/01, concluyendo que *"En el sistema de la ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, el art.102 permite a la Administración actuante optar por cualquiera de los sistemas de actuación; ahora bien, ello ha de serlo en función de una adecuada ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso, y en particular, los objetivos a alcanzar con la actuación, las necesidades colectivas que ésta deba cubrir o satisfacer, los medios económicos disponibles y la capacidad de gestión de la Administración"*.

Ahora bien y en lo que aquí nos ocupa, una vez que el planificador urbanístico ha optado por ese sistema de actuación, hay que partir de la idea de que los terrenos expropiados por razones urbanísticas deberán ser destinados al fin específico establecido en el planeamiento

correspondiente. Esta idea básica se contenía expresamente en el art. 40.1 de la Ley 6/98 y sin embargo, ha sido suprimida —entendemos que por obvia— en el art. 29 de la nueva ley. Dicho precepto recoge los mismos supuestos de reversión que en la ley anterior presentando como principales novedades la retasación (art. 29.2) y la posibilidad de la segregación de suelo y vuelo que afectaría a la reversión (art. 29.3).

El párrafo primero del art. 29 de la Ley del Suelo de 2007 (transcrito en el apartado I de esta exposición) contiene una regla general de que procede la reversión si se altera el USO que motivó la expropiación. Por ello, la simple modificación o revisión del planeamiento no conlleva por sí sola la reversión, es preciso además que se modifique el uso. Para evitar abusos continuos en el derecho de reversión (siempre que se modificara un instrumento de planeamiento habría otra ordenación y procedería la reversión, con lo cual se produciría una situación caótica) es necesaria esta alteración del uso y que el supuesto no se encuentre incluido en las excepciones previstas.

En cualquier caso, NO procederá la reversión en las siguientes excepciones señaladas por la ley:

- Que el nuevo uso sea igualmente dotacional público.
- Que el uso dotacional público que motivó la expropiación hubiese sido implantado y mantenido de forma real y efectiva durante 8 años.

Aquí se da una discordancia con el plazo de 10 años establecido en la LEF, que no ocasiona mayor problema, ya que como hemos dicho el precepto que nos ocupa y por ello el plazo de ocho años es el único necesario para las expropiaciones urbanísticas. Obsérvese que una vez implantado y transcurrido este plazo el plan puede asignar a los terrenos un nuevo uso, incluso privado; mientras que en el supuesto anterior lo decisivo es que el nuevo uso sea también dotacional público, independientemente de que el anterior se haya mantenido en un plazo menor de tiempo.

- Haberse producido la expropiación para la constitución o ampliación de Patrimonios Públicos de Suelo. Señala Luciano Parejo en su reciente obra en colaboración con Gerardo Roger Fernández *“Comentarios a la Ley del Suelo”*, que esta excepción debe ponerse en relación con los arts. 33 y ss. de la ley relativos a los patrimonios públicos del suelo. Lo decisivo es que el nuevo uso del bien asignado con la modificación del planeamiento, permita la construcción de viviendas sujetas a algún tipo de protección pública o la realización de usos de interés social.

- Si la expropiación se ha producido para la ejecución de una actuación de urbanización y han transcurrido al menos diez años desde la expropiación y que las obras de urbanización hayan concluido.
- Si la expropiación se produjo por el incumplimiento de los deberes urbanísticos o por el no levantamiento de las cargas propias del régimen aplicable al tipo de suelo. Obsérvese como señala el Catedrático L. Parejo, que la ley ya se refiere en general a la expropiación por incumplimiento de los deberes o no levantamiento de las cargas, independientemente de que se produzca o no en una actuación de urbanización y del tiempo transcurrido.
- La última letra resuelve cualquier duda que pudiera surgir respecto a la LEF, al afirmar que tampoco procederá la reversión en los supuestos en que no proceda la misma de acuerdo con el art. 54 de la LEF.

En el párrafo 2 se contiene la regulación de la RETASACIÓN, partiendo de la base de que *“el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización”* en cuyo caso *“b) Procede la retasación cuando se alteren los usos o la edificabilidad del suelo, en virtud de una modificación del instrumento de ordenación territorial y urbanística que no se efectúe en el marco de un nuevo ejercicio pleno de la potestad de ordenación y ello suponga un incremento de su valor conforme a los criterios aplicados en su expropiación. El nuevo valor se determinará mediante la aplicación de los mismos criterios de valoración a los nuevos usos y edificabilidades. Corresponderá al expropiado o a sus causahabientes la diferencia entre dicho valor y el resultado de actualizar el justiprecio.*

En lo no previsto en el párrafo anterior, será de aplicación al derecho de retasación lo dispuesto para el derecho de reversión, incluido su acceso al registro de la propiedad.”

Es decir, el presupuesto de hecho habilitante para la retasación es que se haya producido la expropiación para ejecutar una obra de urbanización, por lo que no procedería la reversión, pero sí tiene derecho el expropiado a una retasación si se cumplen los requisitos que ahora analizaremos. Es decir, la retasación opera aquí como una garantía para el expropiado y para evitar que en este caso se produzca un abuso en la utilización de la excepción de la reversión por los Ayuntamientos.

En necesario en primer término que se produzca una modificación del planeamiento, es decir, un cambio propiamente dicho del instrumento de ordenación urbanística que no sea un nuevo planeamiento (revisión).

Brevemente, la distinción de ambas figuras sería que la Revisión es la elaboración de un nuevo plan, ya que se han adoptado nuevos criterios que exigen su reconsideración global y se requiere una formulación completa del mismo. Supone la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas (económicas o demográficas).

La Ley 9/01 de Suelo de la Comunidad de Madrid, señala que en todo caso, tendrán siempre el carácter de revisión (art. 68):

- “Las alteraciones que afecten a la coherencia conjunta de la ordenación desde el alcance propio del instrumento de que se trate.
- Las que varíen la clasificación del suelo.
- Las que disminuyan las superficies reservadas a espacios libres públicos”.

Por tanto, la modificación del planeamiento que es la única que habilita la existencia de la retasación, es toda alteración del contenido de los planes no subsumible en el art. 68 de la ley autonómica, es decir, una alteración no sustancial del plan.

El segundo requisito es que se produzca una alteración de los usos o de la edificabilidad, cualquiera de ellos indistintamente y que lógicamente ello suponga un incremento del valor del suelo conforme a los criterios aplicados en el momento de la expropiación.

Lógicamente a nadie se le escapa que no vale lo mismo el suelo expropiado con un uso (p. ej. terciario) que luego con la modificación del plan pase a ser residencial, o cuando se expropió un suelo con una edificabilidad pequeña que posteriormente —con la modificación— se incrementa sustancialmente. Aquí, el particular tiene derecho a la retasación si se cumplen los requisitos señalados, determinándose el nuevo valor conforme a los nuevos usos o la mayor edificabilidad, teniendo derecho el expropiado a la diferencia entre ese nuevo valor y el justiprecio actualizado conforme a las reglas del art. 55 de la LEF es decir, aplicando el Índice de Precios al Consumo (IPC).

Entendemos que esta nueva regulación trae causa de las recientes sentencias de la Excm. Sala Tercera del Tribunal Supremo (4 de julio de 2005, ponente Sr. Puente Prieto, RJ 7086; 8 de noviembre de 2006, ponente Sra. Robles Fernández...) relativas a las solicitudes de reversión en Las Rozas.

Por último, la ley señala que en lo no previsto en este art. 29.2 para la retasación se aplicarán las normas de la reversión, especialmente la que impone la inscripción en el registro de la propiedad.

Finalmente, la reversión en las expropiaciones urbanísticas tiene una última excepción que es la del párrafo 3 del art. 29 de la Ley 8/07:

“No procederá la reversión cuando del suelo expropiado se segreguen su vuelo o subsuelo, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 17, siempre que se mantenga el uso dotacional público para el que fue expropiado o concurra alguna de las restantes circunstancias previstas en el apartado primero”.

Supuesto este complejo y que contempla la posibilidad de distinguir del suelo, el subsuelo y el vuelo o las edificaciones y que debe ponerse en relación con las excepciones del propio párrafo 1 del tan citado art. 29.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, JOSÉ. *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Editorial Thomson Cívitas. 6ª Edición. 2005.
- FELIÚ, GIMENO. *El derecho de reversión en la Ley de Expropiación Forzosa*. Editorial Cívitas. Madrid. 1996.
- GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL. *El Derecho de reversión en la expropiación forzosa*. Editorial La Ley. Temas. Madrid. 2006.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, FRANCISCO. *Legislación de Expropiación Forzosa*. Editorial Comares. Granada. 2001.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO Y ROGER FERNÁNDEZ, GERARDO. *Comentarios a la ley del Suelo (Ley 8/2007 de 28 de mayo)*. Editorial Iustel, 1ª Edición, Madrid, 2007.

El transcurso del tiempo produce efectos sobre todo tipo de relaciones. En el caso concreto de las relaciones jurídicas, el paso del tiempo produce efectos muy notorios, así, por ejemplo, los derechos nacen en el tiempo y se extinguen con el paso del mismo, en algunos casos incluso las distintas relaciones jurídicas, los derechos, las obligaciones y en definitiva todo tipo de situaciones jurídicas se producen o modifican con el ir de los días.

2. LA CADUCIDAD COMO FORMA DE TERMINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La caducidad es una forma de extinción o muerte de un derecho o facultad cuando transcurrido el plazo fijado por la Ley sin haberlo ejercitado.

La caducidad no es más que la muerte de un derecho por no haber sido ejercitado a tiempo, la pérdida definitiva de un derecho por el transcurso del plazo que la ley nos concede para hacer uso del mismo, así por ejemplo, supongamos que se nos ingiere una bebida

EL INSTITUTO DE LA CADUCIDAD EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: ANÁLISIS DE LAS ESPECIALIDADES RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES EN MATERIA DE TRANSPORTES Y DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

POR MERCEDES BLANCO TORIBIO LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CADUCIDAD COMO FORMA DE TERMINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE TRANSPORTE EN LA COMUNIDAD DE MADRID: ESPECIALIDADES. 4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA COMUNIDAD DE MADRID: ESPECIALIDADES.

1. INTRODUCCIÓN

El transcurso del tiempo produce efectos sobre todo tipo de relaciones. En el caso concreto de las relaciones jurídicas, el paso del tiempo produce efectos muy notorios, así por ejemplo, los derechos nacen en el tiempo y se extinguen con el paso del mismo, en algunos casos incluso las distintas relaciones jurídicas, los derechos, las obligaciones y en definitiva todo tipo de situaciones legales se modulan o modifican con el ir de los días.

2. LA CADUCIDAD COMO FORMA DE TERMINACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La caducidad es una forma de extinción o muerte de un derecho o facultad cuando transcurre el plazo fijado por la Ley sin haberlo ejercitado.

La caducidad no es más que la muerte de un derecho por no haber sido ejercitado a tiempo, la pérdida definitiva de un derecho por el transcurso del plazo que la ley nos concedió para hacer uso del mismo; así por ejemplo, supongamos que se nos impone una multa,

frente a la misma yo pretendo ejercitar el derecho a recurrirla; sin embargo debo de hacer uso de este derecho dentro del plazo fijado por la Ley, si la multa no es recurrida en tiempo, caducará el plazo para actuar contra ella y con él mi derecho a recurrirla.

Sentado el concepto de la caducidad, procede aplicar el mismo al Derecho Administrativo y dentro del mismo al procedimiento administrativo sancionador.

Tal y como establece Diego Díez¹ *"el tiempo no es un elemento inocuo en derecho. En el procedimiento sancionador, el transcurso del tiempo tiene efectos liberatorios para el inculpado. Si no se administran adecuadamente los tiempos en el ejercicio de la potestad sancionadora, la infracción puede prescribir, el procedimiento caducar o la sanción devenir inejecutable por prescripción, en cualquier caso el procedimiento sancionador, con los recursos materiales y humanos, habrá sido inútil"*. Todo procedimiento administrativo termina con una resolución; así por ejemplo, un procedimiento administrativo en el que se discute sobre la procedencia de otorgar una concesión o una licencia al interesado, termina con una resolución en la que la misma se le concede de forma efectiva o por el contrario se le deniega si concurre causa para ello.

Si nos encontramos en el ámbito de un procedimiento administrativo sobre solicitud de subvención, el mismo terminará con la concesión o denegación de la misma, y así ocurre siempre con todos los tipos de procedimiento administrativo.

Por lo tanto, lo normal es que el procedimiento administrativo termine con una resolución ya sea expresa (por resolver "expresamente" la Administración) o presunta (silencio administrativo).

Sin embargo, junto a la forma normal de terminación del procedimiento administrativo, debe hacerse mención de dos formas anómalas de finalización del mismo:

- la caducidad.
- el desistimiento o renuncia.

El desistimiento o renuncia se produce cuando el interesado en el procedimiento administrativo, antes de que se produzca la correspondiente resolución manifiesta su intención o deseo de apartarse del procedimiento, ya sea por haber llegado a un acuerdo o solución satisfactoria fuera del mismo o por cualquier otra circunstancia que produzca la pérdida de interés en continuar la tramitación del procedimiento en cuestión.

¹ "Prescripción y caducidad en el Derecho administrativo sancionador". Editorial Bosch.

Esta primera forma de terminación "anormal" del procedimiento administrativo está contemplada en el artículo 90 de la Ley 30/1992 que preceptúa que *"todo interesado podrá desistir de su solicitud, o cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a su derecho"*.

Ahora bien, debe aclararse que el desistimiento no es un instrumento puesto al servicio exclusivo del ciudadano o del interesado. La propia Administración puede emplear esta forma extraordinaria de finalización del procedimiento en algunas ocasiones como ha puesto de manifiesto, en reiteradas ocasiones la Jurisprudencia del Tribunal Supremo².

No habiéndose producido el desistimiento y antes de recaer la resolución oportuna, el procedimiento administrativo puede finalizar si se produce la caducidad del mismo.

La caducidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador no es más que la terminación de éste por haber transcurrido el plazo fijado por la norma para dictar resolución sin haber recaído la misma.

Se trata simplemente de la inexistencia del acto final resolutorio del procedimiento administrativo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha elaborado un concepto de caducidad del procedimiento administrativo que ha reflejado entre otras en su Sentencia de 1 de junio de 1988: *"la caducidad es un modo anormal de terminación del procedimiento administrativo, determinado por su paralización durante el tiempo establecido, en el que no se realizan actos por aquel al que corresponde impulsar su prosecución que debe venir estimulada por la protección del orden social que le incumbe; y el dato fundamental que puede operarla es el de las fechas ciertas que permiten la data inicial y final del cómputo del término que, en cada caso, será el establecido por el Ordenamiento Jurídico"*.

Esto significa que entre el inicio del procedimiento administrativo sancionador (que se produce normalmente con la providencia de incoación) y su terminación (es decir, con la resolución finalizadora del mismo) no debe transcurrir más del plazo señalado en la Ley. Si se excede de este plazo, el procedimiento termina operando así la caducidad del mismo. Así, imaginemos por ejemplo una sanción impuesta a una Sala de Bingo, en este caso, estaríamos ante una sanción en

² STS 3ª 1ª, de 11 de julio de 1990, en virtud de la cual, la Jurisprudencia viene admitiendo la posibilidad de que la Administración desista de un procedimiento iniciado de oficio por ella, pero aunque, ciertamente este precepto (artículo 90) contempla únicamente el supuesto de desistimiento del interesado, ello no impide que pueda darse también válidamente el desistimiento llevado a cabo por decisión de la Administración, cuando llegue al convencimiento de la falta de base de las actuaciones de que se trate.

materia de juego y habría que acudir a la norma aplicable, en nuestro caso, acudiríamos al artículo 33 de la Ley del Juego de la Comunidad de Madrid de 3 de junio de 2001, que establece el plazo de un año para dictar la resolución del procedimiento, transcurrido dicho plazo sin recaer resolución el procedimiento sancionador estaría caducado.

La caducidad, como forma de terminación del procedimiento administrativo viene recogida en el artículo 92 de la Ley 30/1992:

“En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que transcurridos dos meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes”.

A lo ya expuesto, cabe añadir que la caducidad no se va a producir de forma automática pues necesita de un acto que declare su existencia, de ahí la necesidad de que deba de ser apreciada bien de oficio por los Jueces y Tribunales, bien a instancia del interesado.

Ésta es la configuración general del instituto de la caducidad en nuestro Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, tal regulación y concepto general admite curiosas matizaciones que dan lugar a una serie de especialidades en los distintos tipos de procedimientos administrativos sancionadores.

Desde el punto de vista práctico, merece la pena hacer hincapié en las peculiaridades referentes a la caducidad en dos modalidades de procedimientos sancionadores como son los que se siguen por la comisión de infracciones en materia de transporte y las particularidades ligadas a la caducidad que se producen en los procedimientos administrativos seguidos en materia de prevención de riesgos laborales.

Lo normal, hay que volver a repetirlo, es que estos procedimientos finalicen con la consiguiente resolución sancionadora y que por lo general viene a confirmar la infracción constatada en el boletín de denuncia extendido por los Agentes competentes en materia de Tráfico y Seguridad Vial y de Transporte o bien en el Acta infractora levantada por el Inspector de Trabajo.

A pesar de ello, en ocasiones, ya sea por causa imputable al interesado (en caso, por ejemplo, de haberle sido requerida determinada documentación, o la práctica de ciertas pruebas que se dilata en el tiempo, etc.) o bien por causa imputable a la propia Administración

(principalmente por la dilación que se produce en la tramitación de cada uno de los actos en cadena que constituyen el procedimiento administrativo), transcurre el plazo fijado por la norma para dictar resolución sin haber recaído ésta, de forma que ésta o bien se dicta tardíamente, es decir fuera ya del plazo, o bien ni siquiera llega a dictarse.

La cuestión en estos casos es que recaiga o no resolución expresa tardía en el procedimiento éste ya ha caducado, de manera que, en los apartados siguientes se procederá a analizar los pormenores que tiene esta forma tan particular de terminación de los procedimientos administrativos en las dos especialidades antes mencionadas: transportes y riesgos laborales.

3. LA CADUCIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE TRANSPORTE EN LA COMUNIDAD DE MADRID: ESPECIALIDADES Y REPERCUSIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE JUNIO DE 2004

Esta modalidad de procedimiento sancionador se encuentra regulado en la Ley 16/1987, de 30 de Julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, modificada por la Ley 29/2003, de 8 de octubre y el Reglamento 3821-85 (Reglamento CEE) del Consejo de 20 de diciembre de 1985 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 31 de diciembre de 1985).

En primer lugar hay que señalar que el plazo para resolver este tipo de procedimientos sancionadores ha sido modificado en diversas ocasiones en relativamente poco tiempo.

Este plazo se recoge en el artículo 146 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. En un principio, este precepto se remitía a las disposiciones recogidas en la Ley 30/1992 cuyo artículo 42 establece un plazo de seis meses para incoar, tramitar, resolver y notificar los procedimientos. Esta es la norma que regía para los expedientes sancionadores tramitados por la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid.

El 4 de diciembre de 2000, se dicta en la Comunidad de Madrid la Resolución, de la misma fecha, de la Dirección General de Transportes de la Consejería de Obras Públicas, en virtud de la cual se ampliaba a 12 meses el plazo para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores en materia de transportes siempre que tuvieran su origen en actas de denuncias levantadas desde el día de la entrada en vigor de esta Resolución (2 de febrero de 2001) hasta el 31 de diciembre de 2001.

Las razones que llevaron a la Dirección General de Transportes a dictar la citada Resolución ampliatoria del plazo para resolver fueron por un lado el continuo incremento en el número de expedientes sancionadores debido a la mayor eficacia de los servicios de inspección y seguridad³, y por otro lado, el traslado a la Administración autonómica de determinadas competencias antes residenciadas en la Administración estatal, tales como las que afectan a la seguridad de las personas, carencia de aparatos obligatorios y mercancías peligrosas.

Para dictar esta Resolución, la Dirección General de Transportes se amparó en el artículo 42 de la Ley 30/1992 que permite la ampliación del plazo general para tramitar los expedientes cuando concurren circunstancias que puedan suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución.

En efecto, como ya se ha expuesto el aumento notable de la carga de trabajo hizo prácticamente imposible concluir todos los expedientes sancionadores en el plazo legal de seis meses al menos hasta dotar de los medios personales y materiales posibles y suficientes a los Servicios de Inspección pues de otra forma muchas de las infracciones quedarían impunes conllevando esta impunidad efectos negativos en la ordenación y seguridad en la materia del transporte.

Fueron estas las razones que justificaron la Resolución de 4 de diciembre de 2000, sin perjuicio de que la legalidad o ilegalidad de esta resolución fuese después debatida en los Tribunales de Justicia.

En este sentido, debe indicarse que los diversos Juzgados de lo Contencioso Administrativo adoptaron criterios dispares frente a la validez de la mencionada Resolución; así, algunos defendieron la legalidad de la misma y por consiguiente dieron por buena la ampliación del plazo al apreciar en este supuesto la concurrencia de la posibilidad contemplada en el apartado 6º del artículo 42 de la Ley 30/1992⁴. Sin embargo otros Juzgados negaron validez a esta Disposición Administrativa invocando el principio de jerarquía normativa, pues

³ Las denuncias tramitadas y los correspondientes expedientes sancionadores se vieron incrementados en un 123% desde 1991 hasta 1999, y en un 54% más desde 1999 hasta la fecha de la Resolución de 2 de febrero de 2001.

⁴ Entre ellas Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 22 de Madrid de 23 de diciembre de 2003, que establece en su Fundamento Jurídico 1º que "el examen de dicha Resolución pone de manifiesto al Juzgador que la misma reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 42.6 de la Ley 30/1992, en efecto contiene el mismo una motivación clara, haciendo referencia incluso con datos numéricos a los motivos que justifican esta decisión, a los fines que se persiguen y a la causa de imposibilidad de atenderse al plazo legal de tramitación. Concluye además señalando un plazo temporal a su aplicación, lo que no la convierte en una resolución "sine die" y la hace encajar plenamente en las circunstancias de excepcionalidad que exige el texto legal.

entendían que una Resolución no tenía rango suficiente para modificar un plazo que venía establecido en la Ley.

En cualquier caso se trataba de una polémica con una duración muy determinada pues la resolución perdió su vigencia una vez que se levantó la última denuncia en esta materia una vez que fue derogada el 31 de diciembre de 2001.

En la actualidad, la Ley 29/2003, de 8 de octubre, sobre Mejora de las Condiciones de Competencia y Seguridad en el Mercado de Transporte por Carretera, llevó a cabo una modificación del artículo 146 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres estableciendo que "el plazo máximo en que deberá notificarse la resolución del procedimiento sancionador será de un año, contado desde la fecha de iniciación del procedimiento".

En principio, la cuestión parecería zanjada pues el texto legal es claro respecto del plazo del año y preciso respecto del inicio del cómputo del mismo que no es otro que la fecha del acuerdo de iniciación. Sin embargo, esta claridad legal se ha visto enturbiada por dos sentencias que serán examinadas a continuación.

Se trata de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001 y de 4 de junio de 2004, especialmente esta última viene a señalar que el inicio del cómputo del plazo de caducidad en los procedimientos sancionadores de transporte es el día de la denuncia y no el del acuerdo de iniciación.

La trascendencia de las citadas Sentencias es tal que ha mermado la efectividad de la nueva reforma legal pues el resultado es que numerosos expedientes sancionadores que se han tramitado y resuelto conforme a la Ley (es decir, en el plazo de un año desde el acuerdo de iniciación se ha notificado la resolución sancionadora) han resultado inútiles al haber caducado conforme a la jurisprudencia expuesta.

Pero es necesario hacer un breve examen de ambas Sentencias pues existe una diferencia sustancial entre ellas.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001, recaída en el recurso de casación en interés de ley 3990/00, en su Fundamento de Derecho 2º establece que "esta Sala en su Sentencia de 15 de noviembre de 2000, dictada en recurso de casación en interés de ley sobre cuestión similar a la ahora examinada razonó que "la denuncia únicamente supone iniciación del expediente sancionador en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados y esa iniciación debe entenderse deferida en otro caso al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente". De conformidad con ello se estableció como doctrina legal para los supuestos en que la notificación de la denuncia no se verifica en el acto la siguiente: "conforme al artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de

Vehículos a Motor y Seguridad Vial, para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por el órgano competente una vez conocida la identidad del infractor que no pudo ser notificado en el acto de comisión de la infracción, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente."

Esta doctrina referida a las sanciones de tráfico, es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transporte, pues aunque en este sector el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres no contenga un precepto análogo al del artículo 10º de aquel otro Reglamento, no debe desconocerse que habrá ocasiones, como ocurrió en el caso de autos, en que también las denuncias efectuadas por los agentes que tengan encomendada la vigilancia de los transportes se entiendan directamente con los hipotéticos infractores, y puesto que en ellas tiene que constar, según dispone el artículo 207 del RLOTT, una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo interviniente en los mismos, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, la fecha y hora de la misma, cabe decir que, cumplidas estas condiciones —consignación de datos y notificación— si bien formalmente no puede hablarse de procedimiento, sí que lo hay materialmente, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos precisos para ello.

Consecuentemente, en estos supuestos el día inicial para el cómputo del plazo del año que señala el artículo 205 del RLOTT para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador será el de la denuncia correctamente extendida y notificada, y no el del posterior acto del órgano competente, por lo que el recurso debe desestimarse".

Es decir, la Sentencia de 23 de mayo de 2001 vino a establecer que al igual que ocurría en las sanciones de tráfico, en las sanciones de transporte el cómputo del plazo del año para resolver comenzaría el mismo día de la denuncia siempre que el sujeto denunciado fuese el infractor, es decir el responsable de la infracción.

En la práctica, esta Sentencia dejaba un resquicio al que agarrarse para preparar la defensa de la Administración pues en la mayoría de los procedimientos sancionadores en materia de transporte es muy común que no coincidan el sujeto denunciado y el infractor, ya que en muchos casos el sujeto denunciado es un mero trabajador de la empresa transportista, por lo general un conductor que presta sus servicios a la empresa que es la verdadera responsable.

Analizando los fundamentos jurídicos de la Sentencia de 23 de mayo de 2001, parece lógico que se entienda iniciado el procedimiento sancionador cuando exista identidad de sujetos (denunciado

e infractor), pues éste tiene conocimiento en ese momento del hecho denunciado y de la infracción que se le imputa.

Sin embargo la lógica se rompe cuando no existe esta identidad, es decir, cuando no coinciden el sujeto denunciado y el responsable de la infracción, pues la denuncia se entrega en el acto al primero sin que haya garantías de que éste entregue la denuncia al responsable de la infracción, o cuando menos existe un desconocimiento del momento en que esta entrega se produce. Éste sería el caso de un trabajador por cuenta ajena de una empresa de transporte, por ejemplo el conductor de un camión, que comete una infracción, por ejemplo un exceso de carga en el mismo. La responsabilidad administrativa por la citada infracción no correspondería al conductor del camión que es un mero trabajador por cuenta ajena sino a la empresa para la que aquel trabaja. En este supuesto la empresa no tendría conocimiento de la infracción hasta el momento en que el trabajador no comunique la denuncia, quedando la empresa a expensas de la voluntad de éste. En otro caso habría que demorar tal conocimiento a la notificación del acuerdo de incoación del procedimiento sancionador al ser la única forma fehaciente de tener seguridad que la empresa tiene conocimiento exacto de la infracción que se le imputa.

Por la razón expuesta, la Sentencia de 23 de mayo de 2001 diferencia con muy buen criterio los supuestos en los que existe identidad de sujeto denunciado e infractor, de los supuestos en los que esta identidad no se produce aplicando la doctrina que sienta (es decir computar como fecha de inicio del procedimiento sancionador la de la denuncia y no la del acuerdo de incoación) sólo a los casos comprendidos en el supuesto primero.

La aplicación de esta doctrina a los casos en los que no coincida sujeto denunciado e infractor podía ocasionar la indefensión de este último, pues sería imposible precisar el momento en que el sujeto denunciado comunica al responsable de la infracción la existencia de ésta.

La diferencia entre la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001 y la posterior de 4 de junio de 2004 radica en que esta última elimina la distinción analizada y aplica la doctrina recogida y expuesta en la Sentencia de 23 de mayo de 2001 a todos los expedientes sancionadores de transporte, con independencia de que coincidan o no los sujetos infractor y responsable.

La Sentencia recaída en el recurso de casación en interés de ley de 4 de junio de 2004 en número 49/2003 establece en su Fundamento de Derecho Primero que "La Generalidad de Cataluña interpone recurso en interés de Ley contra la Sentencia de 26 de marzo de 2003 dictada por

el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Lérida. Esta Sentencia estimó el recurso formulado por don Adolfo contra la Resolución administrativa del Jefe de Servicio Territorial de Lérida de 4 de abril de 2002, y la del Director General de Puertos y Transportes del 2 de septiembre inmediato que desestimó la alzada contra la anterior, que le había impuesto una sanción de 601,01 euros por una infracción en materia de transportes.

La Sentencia recurrida entendió aplicable al caso la doctrina legal sentada en nuestra Sentencia de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4287) por la cual se entiende que el plazo para el inicio del cómputo del plazo del procedimiento sancionador —y, en consecuencia, para el cómputo de la caducidad del mismo— es el de la denuncia efectuada con todas las garantías y notificada en el acto al infractor. En la citada Sentencia decíamos lo siguiente:

«Esta Sala en su sentencia de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10064), dictada en un recurso de casación en interés de la Ley, sobre cuestión similar a la ahora examinada, razonó “que la denuncia únicamente supone iniciación del expediente sancionador en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados, y esa iniciación debe entenderse diferida en otro caso al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente...” De conformidad con ello se estableció como doctrina legal, para los supuestos en que la notificación de la denuncia no se verifica en el acto, la siguiente: “conforme al artículo 16 del Reglamento de Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1994, 1149), para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por órgano competente una vez conocida la identidad del infractor, que no pudo ser notificado en el acto de comisión de la infracción, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente”.

Esta doctrina, referida a las sanciones de tráfico, es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transportes, pues, aunque en este sector el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (RCL 1990, 2072) no contenga un precepto análogo al del artículo 10º de aquel otro Reglamento, no debe desconocerse que habrá ocasiones, como ocurrió en el caso de autos, en que también las denuncias efectuadas por los agentes que tengan encomendada la vigilancia de transportes se entiendan directamente con los hipotéticos infractores, y puesto que en ellas tiene que constar, según dispone el artículo 207 RLOTT, una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo interviniente en los mismos, así como aquellas circunstancias y datos

que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma, cabe decir que, cumplidas estas condiciones —consignación de datos y notificación—, si bien formalmente no puede hablarse de procedimiento, sí que lo hay materialmente, al concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos precisos para ello.

Consecuentemente, en estos supuestos el día inicial para el cómputo del plazo del año que señala el artículo 205 de RLOTT para la tramitación y resolución del procedimiento sancionador será el de la denuncia correctamente extendida y notificada, y no el del posterior acto del órgano competente, por lo que el recurso debe desestimarse». (Fundamento de derecho segundo)”.

Por su parte, el Fundamento de Derecho 2º de la mencionada Sentencia analiza la relevancia que tiene desde la perspectiva de la mencionada doctrina legal, el hecho de que el conductor autor de la infracción y al que se le notifica la denuncia sea distinto del sujeto responsable al que se le impone la sanción, que es la empresa de transportes para la que trabaja dicho conductor y a este respecto recuerda la Sala en el Fundamento de Derecho 2º de la citada Sentencia:

“La Sentencia impugnada en casación examina en el fundamento jurídico segundo la relevancia que tiene, desde la perspectiva de la mencionada doctrina legal, el hecho de que el conductor autor de la infracción y al que se le notifica la denuncia sea distinto del sujeto responsable al que se le impone la sanción, que es la empresa de transportes para la que trabaja dicho conductor. Y, a ese respecto, recuerda la Sala de instancia que, según la doctrina sentada por nuestra Sentencia de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4287, el otorgamiento al boletín de denuncia del valor de acto de incoación del procedimiento sancionador no es incondicionado, sino que está restringido al supuesto de que esté correctamente extendido. Así, para determinar si en el caso de autos el boletín de denuncia implicaba o no el inicio del plazo de caducidad del procedimiento, había que precisar si en su notificación concurrían los elementos y requisitos suficientes para que se considerase correctamente notificado. A ese respecto, la Sala de instancia entiende que resulta de aplicación análoga la previsión del artículo 59.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) en relación con la notificación en el domicilio del interesado a persona distinta del mismo, para lo que se apoya asimismo en la jurisprudencia aplicativa de dicho precepto.

Concluye la Sala su razonamiento señalando que, en materia de transportes, el lugar no ya habitual, sino incluso natural en el que notificar el boletín de denuncia es el propio vehículo que, además, es propiedad de la

empresa responsable y conducido por un trabajador de ésta, circunstancia que lleva a la aplicabilidad de la doctrina jurisprudencial ya expuesta y que da lugar a que la correcta notificación del boletín de denuncia al conductor determine el inicio del plazo de caducidad del procedimiento”.

La Sentencia estudiada resuelve definitivamente la cuestión en el Fundamento de Derecho 5º:

“Como se ha indicado en el fundamento de derecho tercero, la Administración recurrente pretende que precisemos el alcance de la doctrina legal sentada en nuestra Sentencia de 31 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4287) para el supuesto contemplado en la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (RCL 1987, 1764) de que no exista identidad entre quien comete materialmente la infracción (el conductor-infractor) y el sujeto responsable de la misma (la empresa de transportes responsable de la infracción y que resulta sancionada). Para ello, sin embargo, debe acreditar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 100.1 in fine, de nuestra Ley reguladora, que la interpretación sostenida en la Sentencia que se recurre es errónea y gravemente dañosa para el interés general.

El error de la Sentencia derivaría precisamente, en opinión de la parte recurrente, de que no sería de aplicación al mencionado supuesto de falta de identidad entre el infractor y el sancionado la doctrina legal sentada en la referida Sentencia de 31 de mayo de 2001. Ciertamente esta Sentencia no contempla, como tampoco la de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10064) en la que se apoya, la diversidad de sujetos infractor y responsable que se da en el caso de autos. Pero ello no determina necesariamente su inaplicabilidad o, dicho de otra manera, que sea errónea su aplicación a este concreto supuesto.

El que la denuncia correctamente extendida y notificada al infractor suponga el comienzo del plazo para el procedimiento sancionador —tal como se contempla en el artículo 10 del Reglamento del Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RCL 1994, 1149), y como ha sido aplicado en materia de transportes terrestres—, se asienta sobre la base de que ambas partes, Administración sancionadora y sujeto responsable de la infracción, poseen a partir de ese momento los elementos y datos necesarios para el ejercicio de sus competencias y la defensa de sus intereses respectivamente. La Administración puede proceder al ejercicio de la potestad sancionadora en defensa de la seguridad vial y de los intereses generales asociados a la misma, puesto que tiene los datos necesarios para la instrucción del expediente, sin que haya razón alguna para que la iniciación del procedimiento quede diferida a un momento posterior a voluntad de la propia Administración. El infractor, por su parte, ha quedado

notificado de la infracción supuestamente cometida y sabe que la Administración ha iniciado un expediente sancionador, por lo que queda excluida toda posible indefensión.

Pues bien, ninguno de estos parámetros queda alterado en lo esencial por la peculiaridad del supuesto de autos consistente en la diversidad entre infractor y sujeto responsable. En efecto, por parte de la Administración siguen dándose las mismas circunstancias que le permiten proceder desde ese mismo momento a la instrucción del expediente sancionador, puesto que cuenta, al igual que en el supuesto en el que no existe la referida diversidad de sujetos, con todos los datos necesarios para dicha instrucción, que quedan determinados por el artículo 207 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. De acuerdo con este precepto la denuncia debe consignar tanto los datos relativos a los hechos como los referidos a la identificación del responsable, entre los que se incluyen no sólo la identidad del conductor autor material de la infracción, sino también los referidos al vehículo, como la matrícula: «habrá de consignarse una sucinta exposición de los hechos, matrícula del vehículo interviniente en los mismos, en su caso, y la condición, destino e identificación, que podrá realizarse a través del número de registro personal del denunciante, así como aquellas circunstancias y datos que contribuyan a determinar el tipo de infracción y el lugar, fecha y hora de la misma» (artículo 207.1 del citado Reglamento). Tampoco hay, por tanto, razón alguna en este supuesto para que la iniciación del expediente quede diferida a un momento posterior a voluntad de la Administración sancionadora, quien puede proceder a partir de ese momento contra el sujeto responsable sin perjuicio alguno para los intereses generales protegidos por la potestad sancionadora que le corresponde.

Desde la perspectiva del sujeto titular del vehículo cuando no coincide con el conductor infractor, tampoco se produce ninguna alteración de los referidos presupuestos de la doctrina legal aplicada por la Sentencia recurrida, puesto que sus derechos de defensa no resultan perjudicados. En efecto, o bien la notificación efectuada al conductor le llega regular y puntualmente por su mediación o, en caso contrario, en nada le perjudica que el plazo del procedimiento sancionador esté corriendo ya, puesto que en todo caso deberá practicarse la audiencia al interesado prevista en el artículo 212 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres.

De lo expuesto se deduce que no puede estimarse el recurso formulado por la Administración catalana, ya que no se percibe ningún error en la aplicación por la Sentencia recurrida de la doctrina legal sentada en nuestra Sentencia de 23 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4287), cuya ratio sigue siendo igualmente aplicable al supuesto de no coincidencia entre

sujeto infractor y sujeto responsable, pese a las consiguientes diferencias en la forma de notificación de la denuncia en un supuesto y en otro".

Las consecuencias prácticas que ha tenido la Sentencia de 4 de junio de 2004 han sido perjudiciales para la Administración que ha visto cómo caducaban expedientes tramitados y resueltos dentro de los plazos legales.

A pesar de la doctrina sentada en el fundamento jurídico 5º de la mencionada Sentencia, lo cierto es que la Ley es clara a la hora de señalar que los procedimientos administrativos sancionadores comienzan con el correspondiente acuerdo de incoación y que la Ley señala a éste como referente para computar el plazo para resolver.

Dos observaciones pueden hacerse en relación con la Sentencia de 4 de junio de 2004:

- La primera es que, de acuerdo con la doctrina recogida en ella, en cierto modo se olvida que el procedimiento se sigue contra el responsable de la infracción por lo que lo esencial no es la denuncia que se puede notificar a un sujeto distinto del verdadero responsable como sería el conductor del vehículo (que es un simple trabajador por cuenta ajena). La notificación del acuerdo de incoación al verdadero responsable es el momento señalado en la Ley como verdadero momento, claro e inequívoco de que éste ha tenido conocimiento de la infracción que se le imputa.
- El segundo aspecto destacable y que la Sentencia estudiada no ha tenido en cuenta es el relativo a la posible intervención de dos Administraciones en este tipo de procedimientos puesto que en un principio quienes extienden los boletines de denuncia y lo entregan a los sujetos denunciados son Agentes de la Jefatura de Tráfico la cual depende de la Administración del Estado lo que hace imposible precisar el tiempo que tarda en darse traslado de estas denuncias a la Administración Autonómica y dentro de ésta lo que tardan estas denuncias en llegar al órgano competente para sancionar en la Comunidad de Madrid las infracciones de transporte.

Lo cierto es que entre el momento en que los Agentes de la Guardia Civil de Tráfico plasman la infracción en el boletín de denuncia y el momento en que esa denuncia llega a manos del órgano autonómico competente pueden haber transcurrido varios meses siendo esta una carga que la Administración no debería tener que soportar y menos aún favorecer a los presuntos infractores.

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid son unánimes a la hora de aplicar la doctrina sentada en la Sentencia de 4 de junio de 2004 sin excepción salvo, en casos muy contados, cuando el boletín de denuncia no reúne todos los requisitos.

Igualmente cabría preguntarse por qué si el fundamento para aplicar esta doctrina es que en estos casos la Administración dispone de todos los datos y circunstancias que le permiten proceder a sancionar desde el momento mismo de la denuncia por qué esta misma doctrina no se aplica a otros procedimientos sancionadores en los que concurren circunstancias idénticas, como sería el caso de las sanciones impuestas a Salas de Bingo, Bares, Agencias de Viajes, sin perjuicio de los procedimientos sancionadores en materia de riesgos laborales puesto que todos ellos comienzan con una denuncia o un acta de inspección que se entrega bien a los trabajadores de la empresa o bien a los responsables directos de las infracciones.

4. LA CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES EN MATERIA DE RIESGOS LABORALES: ESPECIALIDADES

Para examinar la caducidad de este tipo de procedimientos hay que partir del artículo 18.1 del RD 928/1998 así como de la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/1992.

El artículo 18 se remite a la Ley 30/1992 al disponer que la ordenación de la tramitación del expediente sancionador corresponderá al órgano que disponga de competencia para su resolución, con sujeción a lo establecido en este artículo y en las normas que rigen el procedimiento administrativo.

Por su parte la D. A. 7ª de la Ley 30/1992 establece que *"los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social se regirán por su normativa específica, y subsidiariamente, por las disposiciones de ésta Ley"*.

Esta Disposición Adicional 7ª es consecuencia de la reforma operada en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y supuso mejoras para los interesados pues el plazo para resolver tal y como estaba configurado por el artículo 20 del RD 928/1998 pasó a ser de seis meses para notificar la resolución a partir de la aplicación de la reformada Ley 30/1992 a este tipo de procedimientos.

El plazo establecido para la caducidad de los procedimientos sancionadores en materia de riesgos laborales se encuentra recogido en el

artículo 20 del RD 928/1998⁵, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General para la Imposición de sanciones por Infracciones en el Orden Social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social que determina que se producirá la caducidad si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la fecha del acta, sin cómputo de las interrupciones por causas imputables a los interesados o de la suspensión del procedimiento a que se refiere este reglamento⁶.

En estos casos, el plazo de caducidad de seis meses puede suspenderse de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.3 que dispone que si se formularan alegaciones en plazo contra el Acta de infracción, el órgano al que corresponda resolverlas podrá recabar informe ampliatorio que se emitirá en quince días, del Inspector o Sub-inspector que practicó el Acta, que asumirá las funciones de instructor del expediente.

El citado informe será preceptivo en los siguientes casos:

- 1) si en las alegaciones formuladas frente al Acta se invocan hechos o circunstancias distintas a las consignadas en el Acta.
- 2) insuficiencia en el relato fáctico de los hechos.
- 2) Indefensión por cualquier causa.

No concurriendo ninguna de estas circunstancias, el informe será meramente potestativo y por tanto no suspenderá el plazo de seis meses para dictar resolución.

Las circunstancias reseñadas, podríamos decir que constituyen los requisitos materiales necesarios para poder acordar la suspensión del procedimiento, pero a estos requisitos materiales deben añadirse los requisitos formales del artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992 que permite que el plazo legal máximo para resolver un procedimiento y notificar su resolución pueda suspenderse por un plazo máximo de tres meses en todos aquellos casos en los que deban solicitarse informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados y la recepción del mismo que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.

⁵ En este sentido, hay que señalar que el plazo de seis meses se fija conforme a la Disposición Adicional Única del RD 1125/2001, de 19 de octubre, por la que se reforma el RD 928/1998.

⁶ La sentencia de 12 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 7789) dictada en recurso de casación en interés de ley, fija la siguiente doctrina legal: "el cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del RD 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción, levantada por la Inspección y no en la fecha de la visita de la inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de la notificación de la resolución del procedimiento sancionador".

Para que el informe tenga efectos suspensivos es necesario:

- 1º) que al solicitar dicho informe se haga constar de forma expresa que el mismo es preceptivo y determinante de la resolución final.
- 2º) que se motive por qué es preceptivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.3 del RD 928/1998.
- 3º) finalmente es necesario que tanto la solicitud del informe como su recepción (con la consiguiente suspensión y reanudación del plazo) se comunique en debida forma a los interesados.

Faltando alguno de estos requisitos formales, el informe, con independencia de que en realidad sea o no preceptivo no tendrá efectos suspensivos del plazo para dictar resolución; de ahí la necesidad de subrayar la importancia de todos estos requisitos, tanto materiales como formales para que se pueda producir el efecto excepcional de la suspensión del plazo.

El criterio expuesto es, además el seguido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la hora de valorar el carácter preceptivo o no de los informes recabados a los Inspectores de Trabajo en este tipo de procedimientos así como la efectividad de la suspensión en la tramitación de los mismos.

Por otro lado conviene puntualizar que los informes que pueden tener carácter suspensivo tienen que ser preceptivos pero no tienen por qué ser vinculantes ya que el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992 no exige que el informe sea vinculante sino sólo que sea determinante de la resolución final del procedimiento.

La Ley 30/1992 es una Ley administrativa especial, siendo precisamente la norma que define legalmente qué informes son vinculantes y qué informes no lo son en el artículo 83, de lo que cabe concluir que si la norma hubiese querido decir vinculante lo habría hecho.

En cuanto a la comunicación de la interrupción del plazo a los interesados, hay que destacar la importancia de este requisito pues es necesario notificar la suspensión a los destinatarios salvo probada resistencia de los mismos tal y como recoge la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo reflejada en Sentencias de 5 de marzo de 1990, 23 de marzo de 1002, y 22 de marzo de 1993, conforme a la cual "se requiere para la interrupción del plazo la mencionada notificación de la actuación de que se trate, salvo que se pudiera apreciar una reticente resistencia del interesado a la recepción del acto de comunicación que determinase una dilación indebida en el cumplimiento de la finalidad de la norma y principios que tienden a garantizar el oportuno y adecuado conocimiento de la actuación administrativa".

El criterio expuesto ha sido el seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de forma reiterada y unánime, si bien, por su importancia para los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, debe destacarse el voto particular emitido frente a dicha doctrina por el Magistrado Ilustrísimo Señor Don Rafael Estévez Pendás en la Sentencia nº 98, de fecha de 5 de febrero de 2007, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recaída en el recurso de apelación nº 226/2006 interpuesto por el Servicio Jurídico de la Comunidad de Madrid y que por su extraordinario interés de cara a la práctica en los Tribunales paso a reproducir de forma literal:

“Con el mayor respeto a la postura de mis compañeros de la Sección Tercera de esta Sala, tengo que manifestar mi discrepancia en relación al entendimiento de la Sección respecto de la aplicación y requisitos de la caducidad en los procedimientos administrativos sancionadores en el Orden Social, que se explica en los argumentos que siguen:

1. La Sentencia de fecha 5 de febrero del año 2007 de la que discrepo, comienza en su Fundamento de Derecho Tercero señalando que el criterio aplicado por la Sentencia apelada, es el mantenido reiteradamente por esta Sección Tercera de la Sala en supuestos análogos al enjuiciado, citando por su número treinta Sentencias de la Sección que aplican dicho criterio.

Tras lo anterior expone la Sentencia la doctrina mayoritaria de la Sección, que se concreta en que el artículo 20.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, solo permite excluir del cómputo de los seis meses para declarar caducado el expediente, las interrupciones por causas imputables a los interesados o la suspensión del procedimiento a que se refiere el propio Real Decreto (conurrencia de sanciones en el Orden Jurisdiccional Penal o iniciación de procedimiento de oficio ante el Orden Jurisdiccional Social) y a continuación dice la Sentencia que la petición de informe ampliatorio al Inspector actuante prevista en el artículo 18.3 del citado Real Decreto, no implica, como pretende la Administración apelante, la suspensión del procedimiento sancionador, sino que es un trámite más en ese procedimiento que tiene que realizarse dentro del plazo de seis meses establecido para dictar Resolución en aquel procedimiento. Después explica la Sentencia que el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) sólo permite que se suspenda el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento, cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la Resolución, y el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998 regula el informe ampliatorio del Inspector o Subinspector que levantó

el Acta de infracción con carácter potestativo a instancia del órgano al que corresponda resolver el procedimiento, informe que solo será preceptivo si en las alegaciones frente al acta se invocan por la parte interesada “hechos o circunstancias distintas a las consignadas en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa”.

A continuación estima la Sentencia de 5 de febrero del año 2007 que en definitiva, para que el informe pueda ser considerado como preceptivo, con la importante consecuencia de permitir la suspensión del plazo máximo para dictar la resolución que corresponda, es ineludible de una parte que se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998, pero además es preciso también, según la Sentencia de la que discrepo y de todas las Sentencias de esta Sección que abordan el tema, que el órgano administrativo que le requiere el informe al Inspector actuante haga constar expresamente en la petición de dicho informe, que éste es preceptivo y no potestativo, fundando este último requisito en que la regla general es que los informes ampliatorios regulados en el artículo 18.3 son meramente potestativos, de forma que hay que entender restrictivamente las circunstancias o hechos que obligan a solicitarlo de forma preceptiva, teniendo en cuenta los importantes efectos que produce sobre la interrupción del plazo máximo para dictar Resolución sancionadora.

Después de exponer la doctrina de la Sección sobre los requisitos que deben reunir los informes ampliatorios para que puedan considerarse preceptivos, analiza la Sentencia de 5 de febrero del 2007 el tiempo transcurrido desde que se levantó el Acta de infracción hasta que se dictó y notificó al interesado la resolución sancionadora, que va del día 5 de febrero del 2003 al 8 de septiembre del 2003, considerando que ha transcurrido el plazo máximo de seis meses que para dictar Resolución sancionadora dispone la Administración, y hace constar la Sentencia que cuando la Administración acordó la suspensión del procedimiento sancionador entre los días 12 de mayo del año 2003 y 4 de julio del año 2003, en la solicitud de informe ampliatorio a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no mencionó ni hizo contar motivo o razón alguno en orden a delimitar el carácter potestativo o preceptivo de dicho informe, por lo que siendo la regla general que tales informes son potestativos, hay que concluir que la solicitud de aquel informe no interrumpió el plazo máximo de seis meses para dictar Resolución, por lo que el dictado y notificación de la Resolución sancionadora más allá de ese plazo de seis meses, determina la caducidad del procedimiento.

2. Como es bien sabido, la caducidad del expediente administrativo o perención es un remedio articulado por la legislación para poner fin a la pasividad administrativa, que aparece por primera vez reconocido en

una Ley pues hasta entonces sólo algún Reglamento sectorial la regulaba en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que recibe nueva redacción en la reforma que en aquélla lleva a cabo la Ley 4/1999, de 13 de enero.

En concreto, el artículo 42 de la LPAC, tras su redacción por la Ley 4/1999, establece un plazo máximo para dictar Resolución y notificarla que no excederá de seis meses, salvo que un norma con rango de Ley o la normativa comunitaria europea establezcan otro mayor, y admite la suspensión de ese plazo máximo legal en su número 5, que dice lo siguiente: "El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses."

El artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, establece los supuestos en los que los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de "preceptivos" en los procedimientos sancionadores en el Orden Social, en los siguientes términos: "Si se formularan alegaciones en plazo contra el acta de infracción, el órgano al que corresponda resolverlas podrá recabar informe ampliatorio, que se emitirá en 15 días, del Inspector o Subinspector que practicó el acta, que asumirá las funciones de Instructor del expediente. El citado informe será preceptivo si en las alegaciones se invocan hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa."

Aunque es cierto que la regla general, cuando se emite informe por un órgano administrativo en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, es que aquel sea meramente potestativo, quedando restringido el carácter preceptivo del informe a la concurrencia de determinados hechos o circunstancias, y que la producción de tales hechos o circunstancias tiene que ser entendida restrictivamente, ese entendimiento restrictivo no puede ir tan lejos que llegue a prescindir de la real concurrencia o no de las circunstancias que justifican la emisión del informe preceptivo, o en otras palabras, que por muy restrictiva que sea la apreciación de las mencionadas circunstancias, no puede prescindirse de su examen concreto para verificar si realmente concurren, porque entender lo contrario no es solo una aplicación restrictiva de la norma, sino pura y simplemente una aplicación contraria al tenor literal de la norma, cuando esa literalidad no deja margen para la duda, lo que los Jueces y Tribunales no pueden hacer, pues también ellos están sujetos al imperio de la Ley (artículos 1, 5 y 6 de Ley Orgánica del Poder Judicial).

La discrepancia del Magistrado que emite este voto particular con la postura mayoritaria de la Sala, se centra en que a su entender no es preciso ni obligado, porque no figura ni explícita ni implícitamente ni en el artículo 45 de la LPAC ni en artículo 18.3 ni en el 20 del Real Decreto 928/1998, que la solicitud al Inspector actuado del órgano que ha de resolver el procedimiento tenga necesariamente que hacer constar, expresa y literalmente que el informe solicitado es preceptivo, de manera que si en la solicitud no consta ese carácter preceptivo expresamente, el informe nunca podrá ser considerado como preceptivo. Este singular entendimiento de la Sección del carácter preceptivo o potestativo de un informe haciéndolo depender de la constancia de una fórmula o expresión estereotipada "que el informe es preceptivo", prescinde del análisis real y concreto de los hechos circunstancias alegados por el inspeccionado, cuya concurrencia determina que informe sea preceptivo —que no son otros que la invocación de hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta, la insuficiencia del relato fáctico o la indefensión—, y cuya inexistencia determina por el contrario que el informe en cuestión no sea preceptivo y sí potestativo. No hay en la letra ni en la teleología de los artículos referidos razón alguna que imponga la fórmula sacramental que exige la Sección para considerar que un informe es preceptivo, y además tampoco sirve a estos efectos el argumento de las Sentencias mayoritarias de que como la regla general es que el informe ampliatorio es potestativo, hay que entender restrictivamente las circunstancias o hechos que obligan a solicitarlo de forma preceptiva, porque este argumento de la Sección abona precisamente que el entendimiento restrictivo lo es de los hechos o circunstancias que refiere el artículo 18.3, pero ese entendimiento restrictivo de tales hechos o circunstancias exige precisamente su examen concreto, pues solo así sabremos cuales son, pero no es este el proceder de la Sección, ya que ésta tras comenzar afirmando que hay que entender restrictivamente los hechos o circunstancias que justifican la petición del informe preceptivo, sorprendentemente y a continuación prescinde del examen real y concreto de tales hechos o circunstancias, con lo que nunca se sabrá si realmente éstos justifican o no el carácter preceptivo del informe, y deduce que el informe es potestativo por el simple hecho de que la Administración al solicitarlo, no ha hecho constar que es preceptivo. La Sección al proceder así desnaturaliza el carácter preceptivo o potestativo de los informes ampliatorios previstos en el artículo 18.3, que depende del contenido material de las alegaciones del sujeto inspeccionado, y hace depender ese carácter preceptivo o potestativo de que en la petición del informe aparezca o no que el informe es preceptivo, sin que frente a lo anterior sea válido el argumento de que aunque en la solicitud se hiciera constar que el informe es preceptivo, en cualquier caso habría que examinar después

el contenido de las alegaciones del sujeto inspeccionado para verificar si concurren los hechos o circunstancias del artículo 18.3 y determinar por tanto, a la vista de tales hechos o circunstancias, si el informe es o no preceptivo, porque en todo caso aunque se procediese así, lo que no es conforme a Derecho es la exigencia de la constancia en la petición del informe de si éste es preceptivo o no, con la consecuencia de que este requisito previo de la fórmula que impone la Sala a la solicitud del informe va a impedir que en algunos o en muchos casos, informes que realmente eran preceptivos porque las alegaciones de la parte frente al Acta de infracción se hallaban en alguno de los supuestos del artículo 18.3, van a ser considerados potestativos aunque materialmente sean preceptivos.

El requisito que exige la Sala en la petición del informe por el órgano encargado de resolver, hace que cuando en la solicitud correspondiente no figure expresamente que el informe es preceptivo, la Sentencia que se dicta declara sin más la caducidad del procedimiento sancionador una vez que se constata que entre la fecha del Acta y la de la notificación de la Resolución sancionadora han pasado más de seis meses, lo que da lugar de hecho a que en tales casos la Sala nunca llega a analizar las alegaciones del sujeto inspeccionado frente al Acta, sea cual sea su contenido, y bastar para comprobar la certeza de este aserto el examen de todas y cada una de las Sentencias que reseña la Sentencia de 5 de febrero del año 2007 y la propia Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 20 de Madrid apelada en este Recurso, que con toda lógica se limita a acoger la postura de la Sección, estimando el Magistrado que firma este voto particular que al proceder de esta manera la Sección infringe el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998, que es bien claro en su tenor literal y que por tanto no requiere de interpretaciones correctoras.

3. En cualquier caso y en honor a la verdad debo decir que la Sentencia de esta Sección de fecha 5 de febrero del año 2007 de la que respetuosamente discrepo, luego de exponer la doctrina mayoritaria que he analizado más arriba, en cierto modo acepta la tesis que defiendo en este voto particular porque, aunque mantiene que en la petición de informe ampliatorio al Inspector actuario no se hizo constar que tal informe era preceptivo, con la consecuencia de que la ausencia de aquella mención impide considerar que el informe era preceptivo y, por tanto, que la solicitud en cuestión no interrumpió el plazo máximo de seis meses para resolver, a continuación sin embargo entra a analizar el contenido del escrito de alegaciones que hizo la empresa inspeccionada frente al Acta de infracción, y examina las concretas alegaciones que hace la empresa, concluyendo que no constituyen hechos o circunstancias distintas a las consignadas en el Acta que determinen el carácter preceptivo del informe del Inspector actuario.

El análisis del contenido del escrito de alegaciones por parte de la Sentencia de 5 de febrero del año 2007 hace que mi desacuerdo con dicha Sentencia no sea tan absoluto y radical como en el caso del resto de las Sentencias dictadas por la Sección en relación a esta cuestión de la caducidad en los expedientes sancionadores en el Orden Social, porque al fin y al cabo la Sentencia de 5 de febrero del año 2007, aunque mantiene la doctrina mayoritaria, lo cierto es que por primera vez entra a analizar el contenido de las alegaciones frente al Acta de infracción del sujeto inspeccionado, aunque finalmente estime que tales alegaciones no constituyen hechos o circunstancias distintos a los consignados en el Acta, y es lo cierto que al examinar las alegaciones referidas la Sentencia de 7 de febrero del año 2007 ciertamente se separa de la postura que se aprecia en las Sentencias anteriores dictadas por la Sección, ninguna de las cuales entra a analizar ni considera lo que dice el sujeto inspeccionado cuando hace alegaciones frente a el Acta, limitándose tales Sentencias a comprobar, como he explicado, si en la solicitud de informe figuraba expresamente que éste era preceptivo y, una vez comprobado que en la petición no se hacía constar lo anterior, computaba el plazo desde la fecha del Acta hasta la de la notificación de la Resolución sancionadora y si habían transcurrido más de seis meses, declaraba sin más la caducidad del procedimiento sancionador.

El análisis del contenido del escrito de alegaciones que hace la Sentencia de 7 de febrero del año 2007 de esta Sección es a mi entender, un matiz importante respecto a la doctrina de la Sala que se ha mantenido en todas las Sentencias anteriores sobre la cuestión, y habrá que ver si en las Sentencias que de ahora en adelante se dicten por esta Sección, se sigue analizando, aunque sea con el carácter de "obiter dicta", los escritos de alegaciones que los sujetos inspeccionados realizan frente a las Actas de inspección o, por el contrario, se continúa prescindiendo de ese análisis una vez constatado que la petición de informe ampliatorio no hace constar expresamente el carácter preceptivo de ese informe.

4. Como he dicho, la Sentencia de 5 de febrero del año 2007 examina el escrito de alegaciones presentado por la mercantil recurrente en la instancia frente al Acta de infracción, y señala que aquella aducía la existencia de un concierto en la especialidad de vigilancia de la salud de los trabajadores con una entidad acreditada en la prestación del Servicio de prevención ajeno, y tras esto sostiene la Sentencia que esta alegación no constituye un hecho o circunstancia distinto a los consignados en el Acta, por lo que el informe ampliatorio solicitado a raíz de esta alegación no puede considerarse preceptivo, toda vez que ese concierto bien pudo haberlo aportado la empresa inspeccionada al Inspector actuario con ocasión de las comprobaciones anteriores al Acta.

Pues bien, el Acta de infracción número 481/2003, de fecha 5 de febrero del año 2003, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Madrid levantó a la Mercantil recurrente en la instancia, imputaba a ésta dos infracciones graves a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, la primera que pese a que dicha empresa pertenecía a un grupo de empresas que tenía un Servicio de prevención mancomunado, que se encargaba de las especialidades de seguridad, higiene industrial y ergonomía, sin embargo dicho Servicio de prevención mancomunado no asumía la especialidad de vigilancia de la salud, ni tampoco lo había concertado con una entidad acreditada para prestar el Servicio de prevención ajeno, consistiendo la segunda infracción en que la empresa inspeccionada, adherida al Servicio de prevención mancomunado del "Grupo Randstad", no ha sometido su sistema de prevención al control de una auditoría externa.

La empresa inspeccionada formuló alegaciones contra el Acta anterior por medio de escrito de fecha 27 de febrero del año 2003, en el que en relación a la primera infracción manifestaba que había concertado la vigilancia de la salud con una entidad acreditada que presta el Servicio de prevención ajeno, en concreto una Mutua de accidentes de trabajo, conforme se aprecia de los documentos que adjuntaba, y respecto de la segunda infracción afirmaba que a la vista del artículo 29 del Real Decreto 39/1997, la obligación de realizar una auditoría del Servicio de prevención propio cada cinco años, debía interpretarse en el sentido de que el cómputo de cinco años comienza en el momento de la constitución del Servicio de prevención propio, por lo que habiéndose constituido el Servicio de prevención mancomunado del "Grupo Randstad" el día 1 de noviembre del 2000, la obligación de realizar una auditoría externa solo se empezaría a computar a partir del 1 de noviembre del 2005. Añadía la empresa alegante que el Inspector actuario la requirió en el Libro de Visitas, con fecha 13 de diciembre del año 2002, para someter el Servicio de prevención a una auditoría externa, concediéndole al efecto un plazo de tres meses que no había transcurrido cuando se levantó el Acta de infracción.

A la vista de las alegaciones anteriores, la Dirección General de Trabajo acordó con fecha 12 de mayo del 2003 requerir al Inspector actuario para que emitiera informe en relación a tales alegaciones, informe que debía ser evacuado en el plazo máximo de 15 días, quedando suspendido el plazo máximo legal para dictar y notificar la Resolución suspendido desde la fecha mencionada hasta la recepción del informe, sin que en ningún caso el tiempo de suspensión pueda exceder de tres meses, siéndole notificado el Acuerdo correspondiente a la empresa inspeccionada.

El Inspector de Trabajo y Seguridad Social actuario emitió con fecha 30 de mayo del año 2003 informe en relación a las alegaciones anteriores, en el que señalaba que respecto de la primera infracción, la documentación aportada por la empresa solo acreditaba un cumplimiento parcial

de la obligación, ya que para los centros de trabajo de Cataluña, se aporta un concierto con Mutual Cyclops en el que se contrata una bolsa total de 199 reconocimientos médicos específicos, a los que hay que añadir otra bolsa adicional de 50 reconocimientos, para los centros de trabajo de Madrid y otras provincias, se aporta un contrato con Fremap para prestar la especialidad de medicina del trabajo, el cual no tiene fecha, y que incluye un número de trabajadores que, en el caso de los de Madrid, debe coincidir con el personal de estructura pues su número es considerablemente inferior al de la media total de trabajadores indicada en el Acta. Decía también el informe que la interpretación de la empresa del artículo 29.2 del Real Decreto 9/1997 no es la adecuada, explicando por qué, y finalmente y en relación a la última alegación afirmaba que el Inspector decía que conforme al artículo 43.1 de la Ley 31/1995, el hecho de que se haya requerido a la empresa no impide en absoluto el levantamiento del Acta.

El informe anterior salió de las dependencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el día 30 de mayo del año 2003, según resulta del sello de salida correspondiente, y tuvo entrada en la Dirección General de Trabajo el día 2 de julio del año 2003, la cual levantó la suspensión acordada y confirió nuevo traslado para alegaciones a la empresa inspeccionada por oficio de fecha 4 de julio del año 2003, dictándose Resolución sancionadora con fecha 3 de septiembre del año 2003, que le es notificada a la sociedad interesada el día 8 de septiembre del año 2003.

Como quiera que el Acta de infracción reprocha a la empresa inspeccionada que la vigilancia de la salud no la tiene cubierta por su Servicio de prevención mancomunado, ni la tiene concertada con un Servicio de prevención ajeno, lo que aquélla combate en su escrito de alegaciones aportando por primera vez dos conciertos con dos Mutuas Patronales que según ella tienen por objeto la vigilancia médica de la salud de los trabajadores, es meridianamente claro que en el primer escrito de alegaciones la empresa inspeccionada invoca unas circunstancias que tienden a desacreditar los hechos consignados en el Acta de infracción, y esas circunstancias son distintas a las consignadas en el Acta de infracción y además le eran completamente desconocidas al Inspector que la levantó, y esto es tan claro que el Acta reseña que la empresa inspeccionada no tenía concertada la vigilancia de la salud de sus trabajadores con una entidad acreditada como Servicio de prevención ajena. Así pues hay que entender que el concierto aportado por la recurrente es sin duda un hecho obstativo del hecho constitutivo de la infracción que relataba el Acta de infracción, o en otras palabras que la aportación por la empresa inspeccionada de ese concierto no es una mera discrepancia jurídica o una distinta valoración de los hechos reseñados en el Acta que hace la empresa sometida a inspección, sino que muy al contrario se está ante

la invocación de unos hechos o circunstancias distintos a los consignados en el Acta, que es el supuesto de hecho exigido por el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998 para que el informe inspector que se hace a raíz de estas alegaciones pueda considerarse preceptivo y no meramente potestativo. El hecho de que ese concierto pudo haber sido aportado al Inspector actuario por la empresa inspeccionada en las actuaciones previas al Acta, en modo alguno permite concluir que su aportación posterior le haga perder su carácter de hecho distinto al consignado en el Acta, como mantiene la Sentencia de la que discrepo, porque es indiscutible que el Acta hace constar que no hay concierto de la vigilancia de la salud con una entidad acreditada, y la aportación tras el Acta de un concierto de esas características es un hecho ya no solo distinto de lo que refiere el Acta, sino que en principio desacredita lo que el Acta consigna, y ese hecho no es conocido por el Inspector actuario ni antes del Acta ni al levantarla, y esto es así al punto de que en principio es posible pensar incluso que, de haber tenido conocimiento el Inspector del concierto mencionado con ocasión de las actuaciones previas al acta, el contenido de ésta o la graduación de la sanción que propone, hubiera sido diferente, o en otras palabras que la aportación del concierto por la empresa inspeccionada una vez levantada el Acta es una prueba relevante apta en principio para modificar ésta bien en los hechos que reseña, bien en la tipificación que hace, bien en la sanción que propone, y es precisamente por esto por lo que la aportación del concierto en este caso es un ejemplo acabado de alegación de hecho o circunstancia distinto al consignado en el Acta, por lo que en consecuencia entiendo que nos hallamos ante un caso paradigmático de informe preceptivo conforme a lo dispuesto en el artículo 18.3, lo que debería haber dado lugar a que el plazo máximo para dictar Resolución sancionadora se entendiera suspendido y, por tanto, que no se había producido la caducidad del procedimiento sancionador, con la consecuencia de la estimación del Recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Madrid".

El voto particular reproducido merece una especial consideración, estudio y análisis por su relevante contenido e interés pues abre una vía razonable, sólida y contundente de cara a llevar a cabo la defensa ante los órganos jurisdiccionales sobre la no concurrencia de caducidad en casos como el analizado.

Por ello puede considerarse como un paso adelante en este sentido, no sólo la existencia de este voto discrepante, cargado de toda razón lógica, sino también, por el hecho apuntado por el Magistrado de haber entrado a analizar la Sala la concurrencia en el caso concreto de los requisitos del artículo 18.3 a la hora de valorar verdaderamente el carácter preceptivo del informe solicitado por la Inspección de Trabajo.

SOBRE IMPUTACIÓN DE LOS GASTOS RELATIVOS A LAS OBRAS DE ADECUACIÓN DEL EDIFICIO, DONDE SE ALOJA EL TEATRO REAL COLISEO CARLOS III DE EL ESCORIAL, A LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE INCENDIOS

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

Examinada la consulta planteada, y vista la normativa vigente en la materia, este Servicio Jurídico debe formular las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRIMERA. La Comunidad de Madrid ostenta la condición de arrendataria del Real Coliseo Carlos III de El Escorial, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 680/1925, de 19 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de cultura, estando subrogada en los derechos y obligaciones del Ministerio de Cultura en relación con dicho Teatro, en los términos del contrato suscrito el día 1 de diciembre de 1979 entre la Administración del Estado y la Sociedad de Fomento y Reconstrucción del Real Coliseo Carlos III de El Escorial.

En relación con la normativa aplicable a esta relación arrendataria, surge una primera cuestión relativa a la calificación jurídica del vínculo contractual que une a las partes, pues el mismo podría encuadrarse en la categoría de arrendamiento de industria o bien en la de arrendamiento de local de negocio, con las diferencias de régimen jurídico que dicha calificación comporta.

Cabe recordar en este punto que la jurisprudencia ha sido coincidente en proclamar que la distinción entre arrendos de locales de negocio o mejor expresado, para negocio y arrendos de industria, consiste, en que en los primeros lo que únicamente se cede es el elemento material inmobiliario, es decir un espacio construido y apto

la invocación de unos hechos o circunstancias distintas a los consignados en el Acta, que es el supuesto de hecho exigido por el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998 para que el informe inspector que se hace a raíz de estas alegaciones pueda considerarse preventivo y no meramente potestativo. El hecho de que ese concierto pudo haber sido aportado al Inspector actuario por la empresa inspeccionada en las actuaciones previas al Acta, en modo alguno permite concluir que su aportación posterior le haga perder su carácter de hecho distinto al consignado en el Acta, como mantiene la Sentencia de lo que discrepo, porque es indiscutible que el Acta hace constar que no hay concierto de la vigilancia de la salud con una entidad acreditada, y la aportación tras el Acta de un concierto de esas características es un hecho que no solo es distinto de lo que se consignó, sino que además es contrario a lo que se consignó, y ese hecho no es conocido por el Inspector actuario ni antes del Acta ni al levantarlo, y esto es así al punto de que en principio es posible pensar incluso que, de haber tenido conocimiento el Inspector del concierto mencionado con ocasión de las actuaciones previas al Acta, el contenido de éste o la graduación de la sanción que propone, hubiera sido diferente, o en otras palabras que la aportación del concierto por la empresa inspeccionada una vez levantada el Acta es una prueba relevante apta en principio para modificar esta bien en los hechos que reseña, bien en la tipificación que hace, bien en la sanción que propone, y es precisamente por esto por lo que la aportación del concierto en este caso es un ejemplo acabado de alegación de hecho o circunstancia distinta al consignado en el Acta, por lo que en consecuencia entiendo que nos hallamos ante un caso paradigmático de informe preventivo conforme a lo dispuesto en el artículo 18.3, lo que debería haber dado lugar a que el plazo máximo para dictar Resolución sancionadora se entendiera suspendido y, por tanto, que no se había producido la caducidad del procedimiento sancionador, con la consecuencia de la estimación del Recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Madrid.

El voto particular reprochando merces una especial consideración, estudio y análisis por su relevante contenido a través pues abre una vía razonable, sólida y contundente de cara a llevar a cabo la defensa ante los órganos jurisdiccionales sobre la no concurrencia de caducidad en casos como el analizado.

Por ello puede considerarse como un paso adelante en este sentido, no sólo la existencia de este voto discrepante, cargado de toda razón lógica, sino también, por el hecho apuntado por el Magistrado de haber entrado a analizar la falta de concurrencia en el caso concreto de los requisitos del artículo 18.3 a la hora de valorar verdaderamente el carácter preventivo del informe solicitado por la Inspección de Trabajo.

SOBRE IMPUTACIÓN DE LOS GASTOS RELATIVOS A LAS OBRAS DE ADECUACIÓN DEL EDIFICIO, DONDE SE ALOJA EL TEATRO REAL COLISEO CARLOS III DE EL ESCORIAL, A LA NORMATIVA VIGENTE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE INCENDIOS

Se ha remitido a este Servicio Jurídico solicitud de informe en relación con la imputación de los gastos relativos a las obras de adecuación del edificio, donde se aloja el Teatro Real Coliseo Carlos III de El Escorial, a la normativa vigente en materia de prevención de incendios.

Examinada la consulta planteada, y vista la normativa vigente en la materia, este Servicio Jurídico debe formular las siguientes.

CONSIDERACIONES

PRIMERA. La Comunidad de Madrid ostenta la condición de arrendataria del Real Coliseo Carlos III de El Escorial, en virtud de lo establecido en el Real Decreto 680/1985, de 19 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de cultura, estando subrogada en los derechos y obligaciones del Ministerio de Cultura en relación con dicho Teatro, en los términos del contrato suscrito el día 1 de diciembre de 1979 entre la Administración del Estado y la Sociedad de Fomento y Reconstrucción del Real Coliseo Carlos III de El Escorial.

En relación con la normativa aplicable a esta relación arrendaticia, surge una primera cuestión relativa a la calificación jurídica del vínculo contractual que une a las partes, pues el mismo podría encuadrarse en la categoría de arrendamiento de industria o bien en la de arrendamiento de local de negocio, con las diferencias de régimen jurídico que dicha calificación comporta.

Cabe recordar en este punto que la jurisprudencia ha sido coincidente en proclamar que la distinción entre arriendos de locales de negocio o mejor expresado, para negocio y arriendos de industria, consiste, en que en los primeros lo que únicamente se cede es el elemento material inmobiliario, es decir un espacio construido y apto

para que en él se explote el negocio que pretende instalar el arrendatario. En cambio en los arrendamientos de industria o arriendos negociales, lo cedido tiene una doble composición, la que no obstante forma un todo patrimonial autónomo y es por un lado, el local en sí y por otro, el negocio o empresa instalada en el mismo, con los elementos necesarios para su explotación continuada, sin que se precise que esté dotado necesariamente de todos los elementos para su comercialización, bastando con los imprescindibles y normales, y que pueden ser mejorados, ampliados o sustituidos, según lo que al respecto se convenga entre los interesados.

El arrendamiento de industria tiene un régimen jurídico determinado por lo pactado y en su defecto, por la ley civil común o foral, mediante las normas del arrendamiento de cosas (artículos 1543 y siguientes del Código Civil) con las necesarias adaptaciones.

Por lo que se refiere al arrendamiento de local de negocio, al tratarse en el presente supuesto de un contrato concertado antes del 9 de mayo de 1985, habría que estar a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, según el régimen transitorio establecido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Partiendo de estas premisas y de las dudas que pueden surgir en relación con la calificación jurídica del contrato, entendemos oportuno analizar su consulta desde la doble perspectiva expuesta.

SEGUNDA. Respecto al arrendamiento de local de negocio resulta relevante lo dispuesto en el artículo 107 del TRLAU de 1964: *“Las reparaciones necesarias a fin de conservar la vivienda o local de negocio arrendado en estado de servir para el uso convenido serán a cargo del arrendador”*. El arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce y uso pacífico de la cosa como señala el apartado 2 del art. 1554 del Código Civil, goce pacífico que quebrará cuando no se realicen «ex» arts. 107 y siguientes del Texto Refundido de 1964 de la LAU las obras necesarias, las reparaciones necesarias, a fin de conservar la vivienda arrendada en estado de servir para el uso convenido.

Sentado lo anterior, parece conveniente analizar que debe entenderse por reparaciones necesarias, al objeto de poder determinar la inclusión en dicho concepto de las obras que nos ocupan en el presente supuesto.

Las reparaciones necesarias, según la doctrina, puede decirse que son aquellas que hacen referencia tanto a las obras u operaciones encaminadas a la restauración de los deterioros o menoscabos sufridos en la vivienda o local arrendados, cuanto a la conservación de los mismos, es decir, aquellas que deben realizarse ineludiblemente y no

umentan el valor ni la productividad de la cosa arrendada. En definitiva, el concepto de reparación hace referencia a aquel gasto u obra sin la cual quedaría la cosa arrendada inservible para su uso, e incluso llegaría a destruirse.

En sintonía con tal criterio, la doctrina jurisprudencial (dictada en interpretación y aplicación del artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964) declaró qué reparaciones necesarias son las indispensables para el disfrute de la casa» (STS de 7 de noviembre de 1961 [RJ 1961, 4077]), encaminadas a corregir desperfectos notables en la cosa arrendada que la hacen inservible para el fin pactado en el contrato (STS de 2 de junio de 1951 [RJ 1951, 1640]), las de conservación del techo de la casa objeto del arrendamiento en estado de servir para el uso a que se destina, subsanando los defectos de que adolece mediante las obras necesarias con el fin primordial de impedir filtraciones de agua (STS de 5 de octubre de 1951 [RJ 1951, 2154]), las obras necesarias para que por la chimenea se realice de una manera normal la conducción de los humos producidos por el fogón de la cocina, aunque dichas obras consistan en la construcción de una chimenea nueva (STS de 22 de octubre de 1951 [RJ 1951, 2171]), las consistentes en el arreglo, renovación o sustitución parcial de alguno de los elementos componentes de instalaciones de conducción de agua y desagüe (STS de 30 de enero de 1970 [RJ 1970, 526]), y las de corrección y adaptación de la instalación de agua caliente y calefacción (STS de 4 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10392]), entre otras. Por su parte, en la doctrina de las Audiencias Provinciales, se han considerado reparaciones necesarias las de reparación o reinstalación del ascensor, que inicialmente formó parte del contrato de arrendamiento (SSAP Oviedo de 15 de octubre de 1979 y de León de 2 de mayo de 1982), las de instalación y suministro del servicio de luz para acceso a la vivienda (SAP Madrid de 22 de mayo de 1979), las de reparación para mantener la instalación de calefacción en perfecto funcionamiento (SAT de Valladolid de 10 de abril de 1984), las de reposición o reparación del canalón o bajante de aguas pluviales (SAP de Lugo de 27 de noviembre de 1980), las precisas para suprimir las goteras y restaurar los elementos interiores de la vivienda dañados por éstas (SAP de Orense de 12 de noviembre de 1979), y tendentes a mantener la cubierta del edificio de forma que se eviten las filtraciones de agua (SSAP de La Coruña de 6 de marzo y 27 de noviembre de 1980).

Por otra parte, la Jurisprudencia entiende que cualquier obra ordenada por la Administración, debe considerarse una reparación necesaria, puesto que la obra que ha de realizarse por mandato de la autoridad adquiere el carácter de necesaria. En este sentido STS de 31 de mayo de 1966, *«no solamente las reparaciones ocasionadas por el natural*

desmerecimiento del local, sino de las que determine cualquier organismo o Autoridad competente, entre las que han de comprenderse las reparaciones, en la acepción, también correctamente castellana, de enmendar, corregir o remediar una necesidad surgida, no de un hecho material sino de una orden de la Autoridad que condiciona el uso del local», exigencias de las Autoridades competentes encargadas de velar por la higiene, sanidad y seguridad públicas, cuando se trata de locales a los que puede acceder el público. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 27 de marzo de 1995, estima que dentro del artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos están comprendidas las obras de reparación del ascensor del inmueble perteneciente a los demandados, obras que han sido ordenadas por la Autoridad competente no sólo para corregir el natural desgaste de alguno de sus elementos, sino también para adecuarlo a las nuevas exigencias legales destinadas a aumentar la seguridad en su uso.

Examinado nuestro caso y enlazando con lo hasta ahora manifestado en el presente dictamen, podría entenderse que las obras para adaptar el edificio donde se aloja el Teatro a las exigencias legales en materia de protección de incendios, encuentran encaje en el supuesto de "reparaciones necesarias" que recoge el TRLAU de 1964, y que corren por cuenta del arrendador.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta que el derecho que ostenta el arrendatario a que el arrendador sea quien costee y soporte las obras de art.107, es derecho renunciable con arreglo al artículo 6.3 del TRLAU de 1964 (así Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de julio de 2002). En efecto el mencionado artículo establece que "Serán asimismo renunciables los beneficios que la Ley confiere al arrendador, lo sea de vivienda o de local de negocio, y a los arrendatarios y subarrendatarios de estos últimos, salvo el de prórroga del contrato de arrendamiento, cuyo derecho no podrá ser renunciado por el arrendatario". Lo dispuesto en el precepto transcrito nos obliga a analizar el texto del contrato suscrito en su día entre la Administración del Estado y la propietaria del edificio, a los efectos de constatar si en el mismo se recoge la referida renuncia.

En la Cláusula Sexta del precitado contrato, se establecen las obligaciones de las partes en cuanto a la conservación y mantenimiento del objeto arrendado, en los siguientes términos: "En cuanto a la conservación y mantenimiento del objeto arrendado, se distingue: A) En cuanto a los inmuebles, su conservación y mantenimiento es de cuenta de las Sociedades arrendadoras, excepto en los casos en que el deterioro se produzca por mal uso del objeto arrendado. B) En cuanto a las instalaciones industriales del Teatro, muebles, ropas y demás utillaje, la conservación y reposición en su caso, serán de cuenta de la Administración arrendataria."

Del texto transcrito no parece inferirse, en nuestra opinión, una renuncia de la Administración arrendataria del derecho que le otorga el artículo 107 del TRLAU de 1964, pues en el mismo se contiene la obligación del arrendador de conservación y mantenimiento de los inmuebles arrendados. Únicamente puede ser objeto de controversia, la cuestión relativa a la obligación que corre por cuenta de la Administración arrendataria, de conservación y reposición de las instalaciones industriales del Teatro, pues por parte de la arrendadora podría reclamarse que las obras de adaptación de estas últimas corrieran por cuenta de la arrendataria, dada la obligación recogida en la referida Cláusula Sexta, si bien, carecemos de elementos de juicio suficientes para determinar a que se refiere el contrato cuando alude a instalaciones industriales y si las mismas se verían afectadas por la necesidad de adaptación a la normativa en materia de protección de incendios.

TERCERA. El deber impuesto por el artículo 107 del TRLAU, tiene alguna compensación dada por el legislador al arrendador que se ve obligado a reparar, y las establece el artículo 108 del TRLAU.

La compensación consiste en la posibilidad de exigir el 12% anual del capital invertido en las obras efectuadas a que se refiere el artículo 107, o las que se realicen por determinación de cualquier organismo o autoridad competente, distribuyéndose el porcentaje entre los afectados, sin que el incremento pueda ser superior al 50% de la renta anual.

Conforme se establece en la nueva LAU 1994 (Disposición Transitoria Tercera c) 5ª en relación con la D.T. 2 apartado 11 regla 3ª), el arrendador puede repercutir en el arrendatario las obras necesarias a fin de conservar la vivienda o el local de negocio en el estado de servir para el uso convenido, estableciéndose conforme a la literalidad del precepto, que la opción de repercutir en una u otra manera (Art. 108 LAU 1964 o reglas contenidas apartado 10.3 transitoria) corresponde al arrendador, que normalmente elegirá la que le resulte económicamente más conveniente.

Se ha discutido por la doctrina y jurisprudencia sobre si el régimen transitorio establecido en la LAU de 1994 sería aplicable a los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la LAU de 1964 (como es el que nos ocupa), habida cuenta que el artículo 108 solo establecía el régimen de compensación para los contratos concertados antes de la entrada en vigor de la Ley del 64.

Las Audiencias provinciales han resuelto al respecto que la Disposición Transitoria 2ª c) apartado 10.3º del TRLAU de 1994, según así resulta de su propio tenor literal, ha modificado el régimen del citado art. 108 en el sentido de aplicar el mismo no solo a los

arrendamientos anteriores a la entrada en vigor del texto refundido del año 1964 (como así lo entendida la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que interpretó el mismo de la que es claro ejemplo la sentencia del Alto Tribunal de 16 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4238) sino a la totalidad de los arrendamientos a que se refiere la tan citada Disposición Transitoria, esto es a los celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985.

De esta manera, conforme a lo establecido en la reiterada Disposición Transitoria de la LAU de 1994 en relación con el artículo 108 de la Ley de 1964, entendemos que en el supuesto que nos ocupa, el arrendador tendría derecho a repercutir los gastos en la Administración arrendataria en la forma expuesta.

CUARTA. En el supuesto de que entendiéramos que nos encontramos ante un arrendamiento de industria, su régimen jurídico vendrá determinado en primer lugar, por lo pactado y en su defecto, por la ley civil común o foral, mediante las normas del arrendamiento de cosas (artículos 1543 y siguientes del Código Civil) con las necesarias adaptaciones.

El artículo 1554, apartado 2 del Código Civil establece que *"el arrendador está obligado a hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada"*, por lo que en el arrendamiento de industria también se impone legalmente al arrendador los gastos correspondientes a las obras necesarias. Como señala Albaladejo, siguiendo la Sentencia de 20 de octubre de 1949, el arrendador "no solo está obligado a reparar, sino que también tiene derecho a hacerlo. Si no realiza las reparaciones pese a conocer su necesidad y haber sido requerido para ello, puede hacerla el arrendatario, adquiriendo derecho al reintegro de lo que desembolse."

Esta obligación admite el pacto en contrario, es decir, cabe que se estipule que el arrendatario se hará cargo de las citadas reparaciones, o, en su caso, que se establezcan pactos limitativos de esta obligación legal, adaptados a las formas del arrendamiento de industria.

Ya hemos indicado en las consideraciones anteriores de este informe, que en la Cláusula Sexta del contrato de 1979, se establece la obligación del arrendador de conservación y mantenimiento de los inmuebles arrendados, por lo que podríamos entender que son de su cuenta los gastos de las obras de adecuación del edificio a la normativa en materia de prevención de incendios, con la salvedad antes expuesta en relación con las instalaciones industriales del teatro, respecto a las cuales, como ya hemos expresado, carecemos de elementos de juicio suficientes.

Por otra parte no parece que en el supuesto de arrendamiento de industria, el arrendador tenga derecho a repercutir los gastos por obras necesarias en el arrendatario, dada su regulación por la legislación común y su exclusión de la especial protección que otorga la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Es cuanto tengo el honor de informar, sin perjuicio de mejor opinión fundada en derecho.

Este informe ha sido elaborado por la Letrada de la Comunidad de Madrid, D^a Ana Sofía Sánchez San Millán

Examinados los antecedentes recibidos esta Dirección General emite el siguiente

INFORME

El convenio que se somete a informe tiene como objeto permitir la colaboración de la Administración tributaria de la Comunidad de Madrid en la gestión actual de tributos cuyo rendimiento está parcialmente cedido a la misma, en concreto los impuestos sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre el valor añadido, los impuestos especiales de fabricación así como en la modalidad operaciones societarias la aplicación de exenciones vinculadas a operaciones de fusión y exención.

Dichos tributos de acuerdo con el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas acordado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera en sesión del 27 de julio de 2001 se hayan cedidos a la Comunidad de Madrid, bien en su totalidad (actos jurídicos documentados) o bien parcialmente en su rendimiento.

A su vez los impuestos cedidos puedan clasificarse según las Comunidades Autónomas únicamente cuenten con la cesión (total o parcial) de su producto como es el caso del IVA y de los impuestos especiales de fabricación, aquellos que se encuentran parcialmente cedidos con competencias formales sobre la parte cedida y sin competencias de gestión (IRPF), los cedidos con determinadas potestades normativas y con delegación de la gestión (IP, ISyD, ITPAJD e IEDMT).

SOBRE BORRADOR DE CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE LA AGENCIA ESTADAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LA COMUNIDAD DE MADRID

Se ha recibido en esta Dirección General procedente de la Viceconsejería de Hacienda un borrador de Convenio de Colaboración entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Comunidad de Madrid.

Examinados los antecedentes recibidos esta Dirección General emite el siguiente

INFORME

I

El convenio que se somete a informe tiene como objeto permitir la colaboración de la Administración tributaria de la Comunidad de Madrid en la gestión estatal de tributos cuyo rendimiento esta parcialmente cedido a la misma, en concreto los impuestos sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas, el impuesto sobre el valor añadido, los impuestos especiales de fabricación así como en la modalidad operaciones societarias la aplicación de exenciones vinculadas a operaciones de fusión y exención.

Dichos tributos de acuerdo con el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas acordado por el Consejo de Política Fiscal y Financiera en sesión del 27 de julio de 2001 se hayan cedidos a la Comunidad de Madrid, bien en su totalidad (actos jurídicos documentados) o bien parcialmente en su rendimiento.

A su vez los impuestos cedidos pueden clasificarse según las Comunidades Autónomas únicamente cuentan con la cesión (total o parcial) de su producto como es el caso del IVA y de los impuestos especiales de fabricación, aquellos que se encuentran parcialmente cedidos con competencias formativas sobre la parte cedida y sin competencias de gestión (IRPF), los cedidos con determinadas potestades normativas y con delegación de la gestión (IP, ISyD, ITPAJD e IEDMT).

El presente artículo se refiere a los gastos que en el supuesto de arrendamiento de industria de un edificio o local, debe ser a cargo del arrendatario, los gastos de conservación y mantenimiento de la industria, los gastos de reparación de la industria y los gastos de adaptación de la industria a la normativa en materia de prevención de incendios con la salvedad antes expuesta en relación con las instalaciones industriales del sector, respecto a las cuales, como ya hemos expresado, carecemos de elementos de juicio suficientes.

De esta manera, conforme a lo establecido en la reiterada Disposición Transitoria de la LAU de 1994 en relación con el artículo 101 de la Ley de Arrendamiento de Industria de 1994, la Ley de Arrendamiento de Industria de Madrid, Ana Rosa Sánchez San Millán, arrendataria en la forma expuesta.

CUARTA. En el supuesto de que nos encontramos con un arrendamiento de industria, su régimen jurídico será determinado en primer lugar, por lo pactado en su defecto, por la ley civil común o foral, mediante las normas del arrendamiento de cosas (artículos 1543 y siguientes del Código Civil) con las necesarias adaptaciones.

El artículo 1544, apartado 2 del Código Civil establece que "el arrendador está obligado a hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservar en estado de servir para el uso a que ha sido destinada", por lo que en el arrendamiento de industria también se impone legalmente al arrendador los gastos correspondientes a las obras necesarias. Como señala Albaladejo, siguiendo la Sentencia de 20 de octubre de 1949, el arrendador no sólo está obligado a reparar, sino que también tiene derecho a hacerlo. Si no realiza las reparaciones pese a conocer su necesidad y haber sido requerido para ello, puede hacerla el arrendatario, adquiriendo derecho al reintegro de lo que desembolse.

Esta obligación admite el pacto en contrario, es decir, cabe que se estipule que el arrendatario se hará cargo de las citadas reparaciones, o, en su caso, que se establezcan pactos limitativos de esta obligación legal, adaptados a las formas del arrendamiento de industria.

Ya hemos indicado en las consideraciones anteriores de este informe, que en la Cláusula Sexta del contrato de 1979, se establece la obligación del arrendador de conservación y mantenimiento de los inmuebles arrendados, por lo que podemos entender que son de su cuenta los gastos de las obras de adaptación del edificio a la normativa en materia de prevención de incendios con la salvedad antes expuesta en relación con las instalaciones industriales del sector, respecto a las cuales, como ya hemos expresado, carecemos de elementos de juicio suficientes.

El presente convenio persigue articular mecanismos de colaboración en la gestión tributaria de los tributos cedidos entre la Agencia Tributaria y la administración tributaria de la Comunidad de Madrid,

Debe tenerse en cuenta que la Constitución reconoce expresamente en su Art. 156.2 el que las Comunidades Autónomas puedan actuar como delegados o colaboradores del Estado en la gestión tributaria estatal en los términos establecidos en los estatutos y las leyes.

Así el Estatuto de Autonomía de Madrid aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero en su Art. 56 prevé la delegación de competencias de gestión de tributos estatales, cedidos o no cedidos, a favor de la Comunidad de Madrid así como en todo caso la colaboración entre ambas administraciones en la gestión de sus tributos propios.

Se observa claramente que, en esta materia, el bloque de la constitucionalidad persigue una intensa colaboración entre las distintas administraciones para lograr la efectividad del sistema tributario por encima de la existencia de una pluralidad de administraciones tributarias.

Ello se pone de manifiesto en la cada vez mayor intensidad que se da en el sistema de financiación autonómica a los principios de corresponsabilidad fiscal y colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así la modificación de la LOFCA por LO 7/20001, de 21 de diciembre y la propia Ley 21/2001 ya citada.

El Art. 19.2 LOFCA establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir por delegación del estado las actividades de gestión, liquidación, recaudación, inspección y revisión de los impuestos cedidos, todo ello de acuerdo con lo especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión.

La Ley 30/2002, de 1 de julio, de cesión de tributos del Estado a la Comunidad de Madrid se remite en su Art. 2, en cuanto al alcance de la cesión, a la Ley 21/2001. Esta última en su Art.46 fija el alcance de las competencias de gestión distinguiendo en su apartado 1 los tributos en los que la Comunidad Autónoma se hará cargo por delegación del Estado de la gestión y en su apartado 2 los tributos cedidos cuya gestión corresponde "en todo caso" a los órganos estatales.

Esta distinción parte de la modificación operada en la LOFCA por la LO 3/1996 que sustituyó el anterior carácter imperativo de la delegación por una fórmula potestativa y una sujeción a lo "especificado en la Ley que fije el alcance y condiciones de la cesión".

Ello implica que se haya producido una congelación de rango en cuanto a la posibilidad de cesión de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de tributos cedidos de tal forma que el marco fijado con carácter general por la Ley 21/2001 sólo podrá ser modificado por la Ley de cesión a cada Comunidad o por una norma legal

específica. Se pretende con ello configurar un modelo uniforme de gestión tributaria en todo el Estado.

Cuestión distinta es la atribución de funciones específicas a las Comunidades Autónomas en el seno de los procedimientos de gestión tributaria competencia de los órganos estatales, finalidad que, a nuestro juicio, persigue el presente convenio.

El estado autonómico se funda en los principios de colaboración entre los distintos entes públicos, principio que se encuentra implícito en la propia esencia de la organización territorial del Estado SsTC 18/82,152/88,96/96,118/96, 13/2007.

Este principio que en el ámbito tributario se ha plasmado en la corresponsabilidad fiscal que preside el actual sistema de financiación de las CCAA permite que aun cuando las facultades de vigilancia, inspección y control en una materia correspondan a una Administración surtan efectos ante la misma las actuaciones realizadas por otra con competencias coincidentes SsTC 113/83 FJ 2 y 249/88 FJ 5.

Se trata así de buscar soluciones de cooperación entre Administraciones sin alterar el que "la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente" SsTC 77/84,227/88,149/91.

Para lograr esa cooperación son instrumento clave los convenios de colaboración, como señala la STC 13/92 FJ 7 "... mediante técnicas de cooperación y colaboración consustanciales a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías como pueden ser, entre otras, los convenios de colaboración ajustados al orden constitucional de competencias: Técnicas consustanciales a nuestro modelo de Estado autonómico que deberían ser acordadas en éste y otros sectores entre los órganos centrales del Estado y las Comunidades Autónomas, buscando entre todos, dentro del respectivo e indisponible marco competencial, métodos flexibles y adecuados de convergencia que disminuyan la conflictividad entre aquellos poderes, todos los cuales deben guiarse siempre por una común lealtad constitucional."

Así en la STC 252/88 no se duda en afirmar que la necesaria colaboración entre Administraciones "... puede exigir en muchos casos, en relación, sobre todo, con nuestra incorporación a la CEE, formas de articulación (por ejemplo, realización por la Administración Autonómica de tareas de competencia estatal, con sumisión en consecuencia, y sólo en cuanto a ellas, a instrucciones y supervisión de la Administración Central) que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar."

Para lograr esa adecuada colaboración puede utilizarse el mecanismo de la encomienda de gestión que no supone alteración de la competencia Art.12.1 LRJPAC y que es de aplicación a actividades de carácter material, técnico o de servicios por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

La propia Ley 21/2001 se basa en el principio de colaboración en materia tributaria entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal y como recoge su exposición de motivos y recoge, asimismo, el principio de participación de las Comunidades Autónomas en la toma de decisiones de la Agencia Tributaria "... especialmente en aquellas áreas que afecten a la gestión de sus recursos".

Esa participación se traduce en diversos mecanismos, de los cuales podemos destacar la mención expresa a la encomienda de gestión que prevén los Arts. 64.3 n) atribuyendo a la Comisión mixta de coordinación de la Gestión Tributaria la propuesta de actos susceptibles de encomienda de gestión y 65.1 b) que establece la competencia de los Consejos Territoriales de dirección para la Gestión Tributaria para la decisión de los actos susceptibles de encomienda.

En suma se observa así la posibilidad legal de colaboración de la Comunidad de Madrid con la Agencia Tributaria en la realización de actividades materiales de gestión tributaria, lo cual permite, a juicio de esta Dirección General, la celebración de un convenio como el sometido a informe.

Es cierto que en otras Comunidades Autónomas como es el caso de Cataluña con su nuevo Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, se establece otro mecanismo en su Art. 204 al indicar que "1. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de todos los tributos propios de la Generalitat de Cataluña, así como, por delegación del Estado, de los tributos estatales cedidos totalmente a la Generalitat, corresponde a la Agencia Tributaria de Cataluña.

2. La gestión, recaudación, liquidación e inspección de los demás impuestos del Estado recaudados en Cataluña corresponderá a la Administración Tributaria del Estado, sin perjuicio de la delegación que la Generalitat pueda recibir de éste, y de la colaboración que pueda establecerse especialmente cuando así lo exija la naturaleza del tributo. Para desarrollar lo previsto en el párrafo anterior, se constituirá, en el plazo de dos años, un Consorcio o ente equivalente en el que participarán de forma paritaria la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Agencia Tributaria de Cataluña. El Consorcio podrá transformarse en la Administración Tributaria en Cataluña.

3. Ambas Administraciones Tributarias establecerán los mecanismos necesarios que permitan la presentación y recepción en sus respectivas oficinas, de declaraciones y demás documentación con trascendencia tributaria que deban surtir efectos ante la otra Administración, facilitando con ello el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes.

La Generalitat participará, en la forma que se determine, en los entes u organismos tributarios del Estado responsables de la gestión,

recaudación, liquidación e inspección de los tributos estatales cedidos parcialmente.

4. La Agencia Tributaria de Cataluña debe crearse por ley del Parlamento y dispone de plena capacidad y atribuciones para la organización y el ejercicio de las funciones a que se refiere el apartado 1.

5. La Agencia Tributaria de Cataluña puede ejercer por delegación de los municipios las funciones de gestión tributaria con relación a los tributos locales."

En ese caso se ha optado por la creación de una figura jurídico-pública de perfiles poco definidos sobre todo cuando parece indicar que el Consorcio podrá transformarse en la Administración tributaria en Cataluña. Dicha fórmula aparte de su excesiva indefinición y dudosa constitucionalidad es radicalmente distinta de la que aquí se pretende llevar a cabo. Una cosa es la colaboración entre Administraciones sin alterar el régimen de competencias y otra es la creación de una figura jurídico-pública de naturaleza consorcial que asuma las competencias de las Administraciones que la integran.

II

Entrando en el análisis de su contenido debe indicarse la discordancia entre las cláusulas 1ª y 5ª en cuanto al ámbito material del convenio de colaboración, en concreto en la cláusula 5ª se menciona el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados en la modalidad de operaciones societarias que no se menciona en la cláusula 1ª y que además se trata de un tributo cuya gestión se encuentra delegada en las Comunidades Autónomas.

La cláusula 3ª adolece de un carácter excesivamente genérico que hace necesario bien precisar más las actuaciones que serán objeto de encomienda de gestión o bien deberá especificarse a través de convenios específicos de tal forma que el presente texto tendría la consideración de convenio marco.

Si en ningún momento se trata de sustituir a la Agencia Tributaria que es la titular de la competencia y, tan solo, se trata de cooperar con la misma al objeto de que ésta dicte la resolución final, como lo demuestra la prohibición de que la Comunidad de Madrid realice liquidaciones o extienda actas, no tiene sentido permitir a ésta que pueda adoptar medidas cautelares que corresponden al órgano competente para resolver Art. 72 LRJPAC.

El convenio remite al Consejo Territorial de Dirección para la Gestión Tributaria de Madrid la decisión sobre la aplicación de las actuaciones encomendadas a la Comunidad de Madrid. Si bien la Ley

21/2001 ha sido criticada por cuanto existe en la misma un cierto solapamiento entre el Consejo Superior de Dirección y la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria tal y como ha puesto de manifiesto el documento "Problemática del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común regulado en la Ley Orgánica 8/1980 y en la Ley 21/2001" elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda en cumplimiento de lo acordado en la sesión del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 27 de junio de 2006, lo cierto es que la decisión de encomienda de gestión a las Comunidades Autónomas ha de adoptarse en la Comisión Mixta en la que se hayan presentes representantes de todas las Comunidades Autónomas mientras que la posterior concreción correspondería al Consejo Superior.

De esta forma se aseguraría un tratamiento igualitario para todas las Comunidades Autónomas y la precisión de la encomienda se alcanzaría en el Consejo Superior habida cuenta de su carácter bilateral Estado-Comunidad Autónoma.

Por todo lo expuesto procede formular las siguientes

CONCLUSIONES

ÚNICA. Se informa favorablemente el proyecto de convenio citado con las consideraciones expuestas.

El presente informe se emite al amparo de lo dispuesto en el Art. 4.1 b) de la Ley 3/99 de 30 de marzo de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yáñez Díaz

SOBRE CONCURRENCIA DE FUERZA MAYOR EN LOS CASOS DE HUELGA DE PERSONAL AL SERVICIO DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS

En relación con su nota interior de 13 de Julio de 2006, en la que solicita la emisión de INFORME JURÍDICO sobre la siguiente Consulta: Concurrencia de Fuerza Mayor en los casos de huelga de personal al servicio de Compañías Aéreas; se emite, dentro del plazo de un día, el siguiente:

INFORME JURÍDICO

I. CUESTIONES JURÍDICAS PREVIAS: CONTENIDO DE LA CONSULTA

La cuestión jurídica planteada en la consulta versa sobre la procedencia o improcedencia de indemnización a los usuarios o consumidores perjudicados por la huelga de pilotos de la Compañía referida en la Consulta.

A estos efectos es necesario distinguir dos perspectivas distintas, desde la perspectiva de los Organizadores y Detallistas de Viajes Combinados, y desde la perspectiva de los Transportistas Aéreos.

Ambas perspectivas además se regulan por normas jurídicas distintas. Por ello haremos un estudio separado, en los siguientes epígrafes.

Por lo demás, debemos informar al órgano consultante, que desde un punto de vista jurisprudencial, no hay doctrina sobre este aspecto, no pudiendo considerar análogos los supuestos estudiados por ciertas Sentencias del Tribunal Supremo. En definitiva, nada aporta la Jurisprudencia a la problemática que vamos a tratar, puesto que la fuerza mayor, o circunstancia eximente de responsabilidad, se define o describe, con mayor o menor precisión, por la normativa aplicable a cada uno de los supuestos.

II. RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES Y DETALLISTAS DE VIAJES COMBINADOS: EXIMIENTE DE FUERZA MAYOR

Esta materia se regula en la Ley de Viajes Combinados (Ley 21/1995, de 6 de julio), que traspone la Directiva 90/314/, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

La cuestión jurídica planteada en la consulta, desde la primera perspectiva señalada (responsabilidad de Organizadores y Detallistas), se concretaría en la interpretación del artículo 9.3 de la Ley de Viajes Combinados (Ley 21/1995, de 6 de julio), en los supuestos en que la cancelación del viaje combinado tenga su causa en la huelga del personal al servicio de la Compañías Aéreas.

Es decir, lo que se plantea es si tal huelga puede considerarse una causa de Fuerza Mayor, como causa eximente de responsabilidad, a los efectos del derecho de indemnización previsto en el artículo 9.2 de la citada Ley.

Así, el artículo 9.1 de la Ley de Viajes Combinados, se expresa en los siguientes términos:

“En el supuesto de que el consumidor opte por resolver el contrato, al amparo de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, o de que el organizador cancele el viaje combinado antes de la fecha de salida acordada, por cualquier motivo que no le sea imputable al consumidor, éste tendrá derecho, desde el momento en que se produzca la resolución del contrato, al reembolso de todas las cantidades pagadas, con arreglo al mismo, o bien a la realización de otro viaje combinado de calidad equivalente o superior siempre que el organizador o detallista pueda proponérselo. En el supuesto de que el viaje ofrecido fuera de calidad inferior, el organizador o el detallista deberá reembolsar al consumidor, cuando proceda en función de las cantidades ya desembolsadas, la diferencia de precio, con arreglo al contrato. Este mismo derecho corresponderá al consumidor que no obtuviese confirmación de la reserva en los términos estipulados en el contrato”.

A los efectos de la presente Consulta, lo que interesa destacar es que el citado artículo 9.1 establece el derecho del consumidor al reembolso de todas las cantidades pagadas.

A continuación, el párrafo segundo del mismo artículo 9, reconoce el derecho de los consumidores a una indemnización, señalando unas reglas de cuantificación de dicha indemnización. Se expresa de la siguiente manera:

“En los anteriores supuestos, el organizador y el detallista serán responsables del pago al consumidor de la indemnización que, en su caso, corresponda por incumplimiento del contrato, que en ningún supuesto podrá ser inferior al 5 por 100 del precio total del viaje contratado, si el citado incumplimiento se produce entre los dos meses y quince días inmediatamente anteriores a la fecha prevista de realización del viaje; el 10 por 100 si se produce entre los quince y tres días anteriores, y el 25 por 100 en el supuesto de que el incumplimiento citado se produzca en las cuarenta y ocho horas anteriores”.

Para concluir, el párrafo tercero del meritado artículo 9 establece dos excepciones a la regla general anterior (relativa al reconocimiento del derecho de los consumidores a una indemnización), y en lo que afecta a la materia objeto de consulta, se cuestiona la excepción prevista en la letra b/ del párrafo tercero, que señala lo siguiente:

No existirá obligación de indemnizar en los siguientes supuestos:

b) *Cuando la cancelación del viaje, salvo en los supuestos de exceso de reservas, se deba a motivos de fuerza mayor, entendiéndose por tales aquellas circunstancias ajenas a quien las invoca, anormales e imprevisibles cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.*

La excepción señalada se refiere al supuesto en que la cancelación del viaje se deba a motivos de Fuerza Mayor.

A estos efectos, la propia Ley de Viajes combinados da un concepto amplio, y no estricto de Fuerza Mayor, entendiéndose por tal aquella circunstancia ajena a quien las invoca, anormales e imprevisibles, cuyas consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida.

A la hora de hacer una exégesis interpretativa del precepto cuestionado, debemos empezar por delimitar el destinatario del mandato contenido en el artículo 9.

En dicho precepto se menciona el destinatario de tales mandatos legales, concretándolos en las figuras del Organizador y Detallista, entendiéndose por el primero, la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista (artículo 2.2 de la Ley de Viajes Combinados), y definiéndose la figura del detallista como la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por el organizador (artículo 2.3 de la Ley de Viajes Combinados).

Una vez delimitado el destinatario de la obligación de indemnizar, pasemos a interpretar el artículo 9.3 respecto de la Fuerza Mayor.

Hechas las precisiones anteriores, la cuestión controvertida se centra en lo siguiente: si desde la perspectiva del Organizador o Detallista del viaje combinado, la huelga desarrollada en el seno de una Compañía Aérea, puede ser considerada como causa de exoneración de su responsabilidad, en relación con la indemnización prevista en el artículo 9.2; o si por el contrario, no puede tener tal consideración de Fuerza Mayor.

De esta forma, analizamos los requisitos exigidos por el artículo 9.2 para considerar la concurrencia de Fuerza Mayor, y los confrontamos con el supuesto de hecho que se contempla en la Consulta:

- 1º. "*Circunstancias ajenas a quien las invoca*": en el presente supuesto, la Fuerza Mayor sería invocada por el Organizador o Detallista, e indudablemente la huelga de pilotos de Iberia debe considerarse una circunstancia ajena a la esfera propia de responsabilidad del Organizador o Detallista.
- 2º. "*Que las circunstancias sean anormales e imprevisibles*". Desde la perspectiva del Organizador o Detallista, parece claro que la huelga es una circunstancia que no puede prever el Organizador o Detallista, al menos hasta que se anuncia la huelga en cuestión.
- 3º. "*Que las consecuencias no habrían podido evitarse, a pesar de haber actuado con la diligencia debida*". En este punto, también parece claro que por mucha diligencia que preste el Organizador o Detallista, las consecuencias de la huelga no habrían podido evitarse. Es decir, que la cancelación de los vuelos, y en consecuencia, la cancelación del Viaje Combinado, derivado de la huelga de pilotos de Iberia, no podía evitarse por los Organizadores o Detallistas.

Por tanto, debemos concluir que, desde la perspectiva de la responsabilidad de los Organizadores o Detallistas de Viajes Combinados, en relación con el derecho de indemnización del artículo 9.2, aquella declina, pues la cancelación del viaje combinado (provocado por la cancelación de vuelos, que a su vez tiene su origen en la huelga de pilotos), tiene su origen en una circunstancia eximente de responsabilidad (prevista en el artículo 9.3), que es la Fuerza Mayor de conformidad con la definición contemplada en dicho artículo 9.3, de acuerdo con la interpretación que hemos desarrollado más arriba.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS TRASPORTISTAS AÉREOS ENCARGADOS DE EFECTUAR UN VUELO

Esta materia tiene su regulación en el Reglamento de la Unión Europea 261/2004, de 11 de febrero, que establece normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque o gran retraso de los vuelos, y deroga el Reglamento 295/1991.

Debe señalarse que dicho Reglamento establece el régimen de responsabilidad de los transportistas aéreos. A los efectos que estamos tratando, debemos precisar que también se prevé un derecho de indemnización en dos supuestos: en el supuesto de denegación de embarque contra la voluntad del pasajero (artículo 4.3), y en el de cancelación de vuelos (artículo 5.3).

Por su parte, el artículo 7 del Reglamento citado regula dicha indemnización (bajo la rúbrica "*Derecho de Compensación*").

Ello no obstante, debemos aclarar que los dos supuestos contemplados reciben un tratamiento jurídico diverso.

En efecto, para el supuesto de denegación de embarque contra la voluntad del pasajero (entendiéndose por tal, la negativa a transportar pasajeros en un vuelo, pese a haberse presentado el embarque en las condiciones establecidas en el artículo 3.2 del Reglamento, salvo que haya motivos razonables para denegar el embarque, tales como razones de salud o de seguridad o a la presentación de documentos de viaje inadecuados, ex artículo 2J/ del Reglamento), se prevé una indemnización inmediata.

Sin embargo, para el supuesto de cancelación de vuelo, la obligación de indemnizar se condiciona a la no concurrencia de "*circunstancias extraordinarias, que no podrán haberse evitado, incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables*". En efecto, el artículo 5.3 del Reglamento reseña que "*un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo no está obligado a pagar una compensación conforme al artículo 7, si puede probar que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado las medidas razonables*".

Como puede observarse, el Reglamento Comunitario no utiliza la expresión Fuerza Mayor, sino que directamente describe la situación determinante de la exoneración de responsabilidad, en el sentido antes expuesto.

En consecuencia con lo anterior, atendiendo a una interpretación literal del artículo 5.3 del Reglamento, el transportista aéreo (en el supuesto contemplado en la consulta, la compañía aérea Iberia) quedaría exonerado de su obligación de indemnizar, si puede probar (la

carga de la prueba corresponde a quien invoca la circunstancia eximente), que se cancelaron los vuelos por la concurrencia de "una circunstancia extraordinaria que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado las medidas razonables".

En este punto es donde las valoraciones subjetivas del intérprete entran más en juego, y podríamos decir que caben dos posibles interpretaciones.

La primera interpretación permitiría concluir la huelga de pilotos no constituye causa eximente (o fuerza mayor), al menos, por los siguientes motivos:

Porque podría alegarse que la huelga de pilotos de la Compañía Aérea reseñada no puede considerarse como una *circunstancia extraordinaria*, si se tiene en cuenta, que el ritmo de huelgas del Sindicato de Pilotos referido es casi anual (y por tanto se podría considerar como una circunstancia casi *ordinaria*).

Porque podría alegarse que es responsabilidad de la Compañía aérea evitar este tipo de conflictos, que siendo ya casi habituales, perjudican año tras año, al consumidor. Es decir, que se podría cuestionar hasta que punto la compañía aérea puede probar que ha tomado todas las medidas razonables para evitar el perjuicio de los consumidores.

Esta interpretación encajaría dentro del concepto clásico de Fuerza Mayor, pero tiene como principal obstáculo jurídico el considerando 14 del Reglamento, como pasamos a ver.

La segunda interpretación señalada permitiría llegar a la conclusión contraria (es decir, que la huelga sí puede considerarse como circunstancia eximente), y su principal fundamento residiría en el *Considerando 14* del Preámbulo del Reglamento Comunitario, que establece una afirmación, que favorece la posición de la Compañía Aérea, puesto que señala que "...las obligaciones de los transportistas aéreos encargado de efectuar un vuelo se deben limitar o excluir cuando un suceso haya sido causado por circunstancias extraordinarias que no hubieran podido evitarse incluso si se hubieran tomado las medidas razonables. Dichas circunstancias pueden producirse, en particular, en casos de inestabilidad política, condiciones meteorológicas incompatibles con la realización del vuelo, riesgos para la seguridad, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo y huelgas que afecten a las operaciones de un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo.

Respecto de ello debemos hacer una precisión inicial. La afirmación anterior no se recoge en un precepto del Reglamento, sino en el Preámbulo, por lo que entendemos que no es un precepto jurídico que forme parte del Reglamento, y por tanto, no es directamente aplicable.

Ahora bien, tampoco podemos desconocer el contenido de dicho Preámbulo, sobre todo, cuando la afirmación comentada se refiere específicamente al objeto de la presente Consulta. Por tanto, no podemos negar que algún valor interpretativo debe otorgarse a dicho *considerando 14*, y desde luego, sería un criterio interpretativo a utilizar por la Compañía Aérea para eximirse de la responsabilidad señalada.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el considerando 14 hace referencia a dos posibilidades: que la responsabilidad se limite o que la responsabilidad se excluya. Por tanto, si se utiliza dicho *considerando 14* como criterio interpretativo, no puede negarse a priori la posibilidad de indemnizar, aunque sean indemnizaciones en cuantías más reducidas que las señaladas en el artículo 7 del Reglamento.

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA: A la vista de lo argumentado más arriba, debemos concluir que desde la perspectiva de la responsabilidad de los Organizadores o Detallistas de Viajes Combinados, en relación con el derecho de indemnización del artículo 9.2, aquella (la responsabilidad) declina, pues la cancelación del viaje combinado (provocado por la cancelación de vuelos, que a su vez tiene su origen en la huelga de pilotos), tiene su origen en una circunstancia eximente de responsabilidad (prevista en el artículo 9.3), que es la Fuerza Mayor, de conformidad con la definición contemplada en dicho artículo 9.3, y de acuerdo con la interpretación que hemos expuesto en el Epígrafe II del presente Informe.

SEGUNDA: Respecto de la responsabilidad de los Transportistas Aéreos, el Reglamento de la Unión Europea 261/2004, de 11 de Febrero, prevé dos supuestos distintos, en los que surge el derecho de indemnización: el primero es el supuesto de denegación de embarque contra la voluntad del pasajero, en cuyo caso se prevé una indemnización inmediata. Sin embargo, para el supuesto de cancelación de vuelo, la obligación de indemnizar se condiciona a la no concurrencia de "*circunstancias extraordinarias, que no podrán haberse evitado, incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables*".

TERCERA: Respecto del supuesto de cancelación de vuelo caben dos posibles interpretaciones. La primera interpretación permitiría concluir que la huelga de pilotos no constituye causa eximente (o fuerza mayor). La segunda interpretación permitiría llegar a la conclusión contraria (es decir, que la huelga sí puede considerarse como circunstancia eximente), y su principal fundamento residiría en el *Considerando 14* del Preámbulo del Reglamento Comunitario. Ambas

interpretaciones se fundamentan en el epígrafe III del presente Informe.

CUARTA: Si se siguiera la segunda de las interpretaciones propuestas, debe advertirse que el *considerando 14* hace referencia a dos posibilidades: que la responsabilidad se limite o que la responsabilidad se excluya. Por tanto, si se utiliza dicho *considerando 14* como criterio interpretativo, no puede negarse a priori la posibilidad de indemnizar, aunque sean indemnizaciones en cuantías más reducidas que las señaladas en el artículo 7 del Reglamento.

Es cuanto tiene a bien informar

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Fernando Luque Regueiro

Nº DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2008	17/01/2008	23/01/2008	TRANSPORTES E INFRAESTRUCTURAS	MODIFICA EL DECRETO 78/1997, DE 3 DE JULIO, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VIAJEROS DE TRANSPORTE INTERURBANO DE MADRID, Y EL QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VIAJEROS DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE MADRID SOCIEDAD ANÓNIMA (EMET), PARA RECONOCER LA ACEPTABILIDAD DE LOS CARRITOS DE NIÑO A LOS AUTOBUSES
2/2008	12/01/2008	21/01/2008	MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE 2008

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
1/2008	17/01/2008	23/01/2008	TRANSPORTES E INFRAESTRUCT.	MODIFICA EL DECRETO 79/1997, DE 3 DE JULIO, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VIAJEROS DE TRANSPORTE INTERURBANO DE LA COMUNIDAD DE MADRID, Y EL DECRETO 206/2000, DE 14 DE SEPTIEMBRE, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE VIAJEROS DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE MADRID, SOCIEDAD ANÓNIMA (EMT), PARA RECONOCER LA ACCESIBILIDAD DE LOS CARRITOS DE NIÑO A LOS AUTOBUSES
2/2008	17/01/2008	21/01/2008	MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
4/2008	24/01/2008	25/01/2008	JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICAS	SE MODIFICA LA COMISIÓN DE ASUNTOS EUROPEOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
5/2008	31/01/2008	5/02/2008	FAMILIA Y ASUNTOS SOCIALES	SE MODIFICA EL DECRETO 198/1998, DE 26 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA COMPOSICIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR
8/2008	7/02/2008	13/02/2008	DEPORTES	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN INTERDEPARTAMENTAL DE LA JUVENTUD
10/2008	21/02/2008	25/02/2008	ECONOMÍA Y CONSUMO	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA DE CONSEJERÍA ECONOMÍA Y CONSUMO
11/2008	21/02/2008	22/02/2008	SANIDAD	SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS DE LA EMPRESA PÚBLICA UNIDAD CENTRAL DE RADIODIAGNÓSTICO

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
13/2008	25/06/2008	26/06/2008	PRESIDENCIA	POR EL QUE SE NOMBRA VICEPRESIDENTE Y PORTAVOZ DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
14/2008	28/02/2008	3/03/2008	VIVIENDA	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL INSTITUTO DE LA VIVIENDA DE MADRID
17/2008	6/03/2008	12/03/2008	EDUCACIÓN	SE DESARROLLAN PARA LA COMUNIDAD DE MADRID LAS ENSEÑANZAS DE LA EDUCACIÓN INFANTIL
18/2008	6/03/2008	12/03/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECEN LOS REQUISITOS MÍNIMOS DE LOS CENTROS QUE IMPARTEN PRIMER CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
19/2008	13/03/2008	14/03/2008	ECONOMÍA Y CONSUMO	SE DESARROLLA LA LEY 2/2007, DE 27 DE MARZO, POR LA QUE SE REGULA LA GARANTÍA DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO EN LA COMUNIDAD DE MADRID
22/2008	3/04/2008	9/04/2008	SANIDAD	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE SANIDAD
23/2008	3/04/2008	9/04/2008	SANIDAD	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD
24/2008	3/04/2008	9/04/2008	SANIDAD	SE ESTABLECE EL RÉGIMEN JURÍDICO Y DE FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO MADRILEÑO DE SALUD

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
25/2008	10/04/2008	18/04/2008	PRESIDENCIA E INTERIOR	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA E INTERIOR
26/2008	10/04/2008	11/04/2008 Corrección de Errores 21/05/2008	VICEPRESI. PRIMERA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE APRUEBA EL REGLAMENTO ORGÁNICO DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
38/2008	17/04/2008	23/04/2008	CULTURA Y TURISMO	SE CREA EL MUSEO CENTRO DE ARTE DOS DE MAYO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
39/2008	17/04/2008	23/04/2008	CULTURA Y TURISMO	SE DECLARA BIEN DE INTERÉS CULTURAL, EN LA CATEGORÍA DE MONUMENTO, EL TEMPLO DE DEBOD EN MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
59/2008	22/05/2008	28/05/2008	CULTURA Y TURISMO	SE MODIFICA EL DECRETO 163/1997, DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE CREA EL MUSEO ARQUEOLÓGICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID COMO ÓRGANO DE GESTIÓN SIN PERSONALIDAD JURÍDICA ADSCRITO A LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA
68/2008	19/06/2008	23/06/2008	PRESIDENCIA E INTERIOR	SE APRUEBA EL PROGRAMA REGIONAL DE INVERSIONES Y SERVICIOS DE MADRID (PRISMA), PARA EL PERIODO 2008-2011, CON UNA APORTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 700.000.000 DE EUROS Y UNA APORTACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS DE 28.000.000 DE EUROS

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
19/2008	22/05/2008	28/05/2008	CULTURA Y TURISMO	SE MODIFICA EL DECRETO 163/1997, DE 17 DE NOVIEMBRE, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE CREA EL MUSEO ARQUEOLÓGICO DE LA COMUNIDAD DE MADRID COMO ÓRGANO DE GESTIÓN SIN PERSONALIDAD JURÍDICA ADSCRITO A LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA
68/2008	19/05/2008	12/05/2008	PRESIDENCIA E INTERIOR	SE APRUEBA EL PROGRAMA REGIONAL DE INVERSIONES Y SERVICIOS DE MADRID (PRISMA), PARA EL PERIODO 2008-2011, CON UNA APORTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 700.000.000 DE EUROS Y UNA APORTACIÓN DE LOS AYUNTAMIENTOS DE 28.000.000 DE EUROS

