



Revista Jurídica de la **Comunidad de Madrid**

N.º 27
Julio
Diciembre
2008



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 27 Julio – Diciembre 2008

Año 2008

Estudios

Inadmisibilidad del Recurso de Casación Contencioso-Administrativo, por *Rafael Fernández Montalvo y Carmen Fernández-Montaño García*.

Las Cartas de Derechos en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, por *Augusto González Alonso*.

Aspectos jurídicos, financieros y fiscales de los Fondos de Pensiones: su análisis en la imposición indirecta, por *Juan Calvo Vérguez*.

Comentarios

El Proceso Monitorio Europeo, por *Carlos Sánchez Martín*.

La exclusión de un socio de una sociedad de capital ¿tiene que ser necesariamente acordada por la Junta General?, por *Mauricio Troncoso Reigada*.

El Proceso Penal de Menores, por *Jesús Alejandro Vidart Anchía*.

El artículo 161 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, por *José Ramón Aparicio de Lázaro*.

Selección de Dictámenes

Decretos de la Comunidad de Madrid
Tercer y cuarto trimestre 2008

P. 1395

19 OCT 2009



REVISTA JURÍDICA DE
LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 27. Julio-Diciembre 2008

R. 1395

19 OCT. 2009



NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 27. Julio-Diciembre 2008

ISSN 1135-1201
Deposito legal: M. 10.147-1987
Código de comercio: M. 10.147-1987

**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 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 y Portavocía del Gobierno» o, directamente, en
http://www.madrid.org/revista_juridica

Y en Intranet

http://infomadrid/revista_juridica

Tirada: 800 ejemplares
 Edición: 08/07
 I.S.S.N.: 1139-8817
 Depósito legal: M-6.420-1999
 IMPRIME: B.O.C.M.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

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

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

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

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

El artículo 181 de la Ley del Sufrío de la Comunidad de Madrid
 (Don Ramón APARICIO DE LAZARO)..... 178

Selección de Dictámenes..... 221

Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Tercer y cuarto trimestre 2008..... 253

INDICE

11	Las Cajas de Pensiones en los Estados de Jalisco y Oaxaca (FERNÁNDEZ MONTAÑO Y CÁDIZ FERNÁNDEZ MONTAÑO)
43	Las Cajas de Pensiones en los Estados de Jalisco y Oaxaca (FERNÁNDEZ MONTAÑO Y CÁDIZ FERNÁNDEZ MONTAÑO)
73	Las Cajas de Pensiones en los Estados de Jalisco y Oaxaca (FERNÁNDEZ MONTAÑO Y CÁDIZ FERNÁNDEZ MONTAÑO)
103	El Poder Judicial en los Estados de Jalisco y Oaxaca (SÁNCHEZ MARTÍN)
137	El Poder Judicial en los Estados de Jalisco y Oaxaca (SÁNCHEZ MARTÍN)
143	El Poder Judicial en los Estados de Jalisco y Oaxaca (SÁNCHEZ MARTÍN)
177	El Poder Judicial en los Estados de Jalisco y Oaxaca (SÁNCHEZ MARTÍN)
211	El Poder Judicial en los Estados de Jalisco y Oaxaca (SÁNCHEZ MARTÍN)
233	El Poder Judicial en los Estados de Jalisco y Oaxaca (SÁNCHEZ MARTÍN)

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Dr. D. Ramón Alarcón de la Fuente
 Catedrático de Derecho Administrativo

ESTUDIOS

El presente estudio se refiere al recurso de casación contencioso administrativo, que es el recurso de casación que se interpone contra las resoluciones de los tribunales de lo contencioso administrativo. El estudio se divide en tres partes: la primera trata de la naturaleza y características del recurso; la segunda trata de los requisitos de admisión; y la tercera trata de los efectos del recurso.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación contencioso administrativo es el recurso de casación que se interpone contra las resoluciones de los tribunales de lo contencioso administrativo. El estudio se divide en tres partes: la primera trata de la naturaleza y características del recurso; la segunda trata de los requisitos de admisión; y la tercera trata de los efectos del recurso.

Publicado en el Boletín de la Asociación de Juristas de Madrid, número 10, de mayo de 1978.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

POR
EXCMO. SR. D. RAFAEL FERNÁNDEZ MONTALVO¹
Y
D^a. CARMEN FERNÁNDEZ-MONTALVO GARCÍA²

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO. 2.1. Sucinta referencia a la tramitación del recurso de casación "ordinario". 2.1.1. Preparación. 2.1.2. Interposición. 2.1.3. Admisión. 2.1.4. Sustanciación. 2.1.5. Sentencia. 3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TRÁMITE DE ADMISIÓN/INADMISIÓN. 4. "ÓRGANO" COMPETENTE PARA APRECIAR LA ADMISIÓN O INADMISIÓN DEL RECURSO. 5. MOTIVOS DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN "ORDINARIO". 5.1. La inadmisión del recurso de casación y el derecho a la tutela judicial efectiva. 5.2. Análisis de las causas de inadmisión. 5.2.1. Incumplimiento de los requisitos exigidos para la preparación del recurso. 5.2.2. Defectos relacionados con el escrito de interposición. 5.2.3. Resoluciones no susceptibles de impugnación mediante recurso de casación. 6. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. 7. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación, cuyo origen se encuentra en el recurso de casación francés establecido en 1790, desempeña en nuestro Derecho una función nomofiláctica de protección y depuración del Ordenamiento jurídico y de unificación de la Jurisprudencia en la aplicación e interpretación de la norma, contribuyendo a la satisfacción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho (artículo 1.6 del Código Civil). No es, por tanto, un recurso ordinario como el de apelación que permite un nuevo examen del tema controvertido fáctica y jurídicamente, sino un recurso que sólo de modo indirecto, a través del control de la aplicación del Derecho por el Tribunal "a quo", resuelve el concreto caso controvertido.

La naturaleza del recurso de casación se perfila mediante su inserción en las grandes categorías en que se clasifican los recursos.

El recurso de casación es un recurso especial y extraordinario, tanto desde la perspectiva de la limitación de las resoluciones contra

¹ Magistrado del Tribunal Supremo.

² Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid.

las que cabe su interposición, como por el carácter tasado de los motivos que cabe alegar y el ámbito restringido de las potestades jurisdiccionales de revisión. Incluso, respecto de una de sus modalidades, el recurso de casación en interés de la ley, una parte de la doctrina niega la naturaleza de verdadero recurso, pues su resolución no es susceptible de anular la resolución impugnada, sino que se resuelve a los únicos efectos de sentar doctrina legal.

El recurso de casación tiene un carácter devolutivo, en cuanto conoce de él un Tribunal superior al que dictó la resolución impugnada.

Asimismo, es, teóricamente, suspensivo. Si bien, debe tenerse en cuenta que en el proceso contencioso-administrativo actual la suspensión de la resolución se deja, con unos u otros condicionamientos, a la apreciación del órgano jurisdiccional, puesto que cabe la ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación.

Sigue teniendo un carácter formal, aunque éste haya experimentado una cierta flexibilización por mor de las exigencias constitucionales en la interpretación de los requisitos de los procesos y la viabilidad.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), prevé tres clases de recursos de casación: el que puede calificarse de "ordinario", el denominado para la unificación de doctrina y el llamado en interés de la ley.

La inadmisibilidad del recurso de casación —y de los recursos, en general— supone la presencia de algún obstáculo que afecta a su viabilidad procesal y que impide que el órgano jurisdiccional competente pueda considerar siquiera las alegaciones o motivos en que se fundamenta la impugnación formulada.

En sentido amplio o impropio, la inadmisión del recurso de casación no sólo puede ser acordada por el Tribunal Supremo, sino también, con carácter previo y sujeto a la revisión de aquél, por el tribunal a quo, si se interpone un recurso de queja, cuando se dicta el auto motivado en el que, presentado el escrito de preparación del recurso, se deniega la remisión de los autos a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y el emplazamiento de las partes. Sin embargo, aun cuando el efecto del auto al que acaba de hacerse referencia es inequívoco, pues impide que prospere la pretensión impugnatoria, en sentido estricto, la ley reserva el término de inadmisión a la pronunciada por el Tribunal Supremo; y ello, por dos razones:

- 1º Sólo la decisión del Tribunal Supremo sobre la admisión del recurso de casación tiene carácter definitivo, puesto que éste puede declarar la inadmisibilidad del recurso aunque la Sala de instancia lo haya tenido por preparado, cualquiera que sea el motivo de inadmisibilidad que aprecie. El artículo 93.2.a) LJCA

precisa que el Tribunal Supremo dictará auto de inadmisión si "se apreciara en este trámite" que no se han observado los requisitos exigidos o que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación "no obstante haberse tenido por preparado el recurso".

- 2º El Tribunal Supremo puede extender el examen de la admisibilidad del recurso a aspectos que no pueden ser examinados por el tribunal de instancia en el momento de decidir si se tiene o no por preparado el recurso.

2. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

2.1. Sucinta referencia a la tramitación del recurso de casación "ordinario"

En el procedimiento del recurso pueden distinguirse las siguientes fases:

2.1.1. Preparación

El recurso se inicia con el escrito de preparación que ha de presentarse en el plazo de diez días, contados desde el siguiente a la notificación de la resolución recurrida (artículo 89 LJCA).

El escrito se presenta ante el mismo órgano que dictó dicha resolución y en él se manifestará la intención de interponer el recurso con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos. Igualmente, se justificará, en su caso, que la infracción de la norma estatal o comunitaria europea ha sido "relevante y determinante" del fallo.

Si el escrito cumple estos requisitos se tendrá por preparado el recurso y el órgano jurisdiccional remitirá los autos al Tribunal Supremo emplazando a las partes para que comparezcan ante él en el plazo de treinta días (artículo 90 LJCA).

Si el escrito no cumple los requisitos o la resolución no es susceptible de casación, la Sala denegará la remisión de lo actuado al Tribunal Supremo mediante auto motivado. Contra dicho auto cabe el recurso de queja previsto en los artículos 494 y 495 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

La preparación del recurso no impide la ejecución provisional de la sentencia, cuya regulación fue una de las novedades introducidas por la vigente Ley. Según el artículo 91 LJCA, las partes favorecidas por la

sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de ésta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente, podrá exigirse la presentación de caución o garantía para responder de aquéllos. No podrá llevarse a efecto la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.

La ejecución provisional se denegará cuando pudiera crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional o del Tribunal Superior de Justicia, según corresponda, cuando tenga por preparado un recurso de casación, dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos de la ejecución provisional.

2.1.2. Interposición

Dentro del plazo de treinta días del emplazamiento, el recurrente deberá proceder a efectuar la personación y la interposición del recurso (artículo 92 LJCA).

En el escrito de interposición se expresarán de manera razonada el motivo o motivos en que se fundamente dicho recurso con cita de las normas o jurisprudencia que el recurrente considere infringidas.

Pero si el recurrente fuere el defensor de la Administración o el Ministerio Fiscal, en cuanto se reciban los autos se dictará diligencia de ordenación dándoles traslado de los mismos por plazo de treinta días para que manifiesten si sostienen o no el recurso y, en caso afirmativo, formulen el escrito de interposición (artículo 92.3 LJCA). Se asimila, por tanto, en la vigente Ley Jurisdiccional el defensor de la Administración Pública al Abogado del Estado, pero esta norma singular debe entenderse referida, exclusivamente, a quien ostenta *ex lege* la representación y defensa de la Administración y actúa procesalmente en este doble concepto (ATS de 20 de noviembre de 2000).

Si transcurre dicho plazo sin presentar el escrito, el recurso queda desierto.

Así mismo, la parte recurrida debe personarse, en el indicado plazo ante el Tribunal Supremo, pero, de momento, tan sólo ha de presentar el escrito de personación.

2.1.3. Admisión

Interpuesto el recurso se pasan las actuaciones al Magistrado ponente para que, una vez instruido sobre ellas, someta a la deliberación de la Sala la admisión o no del recurso.

Las causas de inadmisión son las establecidas en el artículo 93 LJCA que serán objeto de estudio particularizado en el epígrafe 4.

2.1.4. Sustanciación

Una vez admitido a trámite el recurso, la sustanciación consiste, conforme regula el artículo 94 LJCA, en la entrega del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo común de treinta días. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.

En el escrito de oposición se podrán alegar causas de inadmisibilidad del recurso, siempre que no hayan sido rechazadas por el Tribunal en el trámite específico de admisión.

Transcurrido el plazo, se hayan presentado o no escritos de oposición, la Sala señalará día y hora para la celebración de vista o declarará que el pleito está concluido para sentencia.

Habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la Sala lo estime necesario, atendida la índole del asunto. La solicitud de vista se formulará por otrosí en los escritos de interposición y de oposición a éste.

2.1.5. Sentencia

La Sala dictará sentencia en el improrrogable plazo de diez días desde la celebración de la vista o la declaración de que el pleito está concluido para sentencia. La LJCA suprime la mención al señalamiento para votación y fallo. Sin embargo, este trámite no puede considerarse suprimido, pues el artículo 253 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), dispone que los autos y sentencias se deliberarán y votarán inmediatamente después de las vistas y, cuando así no pudiese hacerse, señalará el Presidente el día en que deben votarse, dentro del plazo señalado para dictar la resolución.

Si la sentencia es estimatoria, la Sala, en una única sentencia, casará la resolución recurrida y resolverá conforme a Derecho, con un contenido y efectos que varían según el motivo de que se trate, en los términos dispuestos por el artículo 95 LJCA.

Resulta especialmente relevante la previsión contenida en el apartado 1 del artículo 95 LJCA, según la cual, la sentencia puede declarar la inadmisibilidad si concurre alguno de los motivos del artículo 93.2 del mismo texto normativo. Esto supone una novedad en nuestro Ordenamiento, conforme al cual, las causas de inadmisión apreciadas en sentencia se convertían en causas de desestimación.

En la actualidad, la jurisprudencia considera que no es obstáculo para la inadmisión de un recurso de casación, en trámite de sentencia, la circunstancia de que hubiese sido admitido con anterioridad, al tener esta admisión carácter provisional, pues se pronuncia por tres magistrados en el despacho ordinario, según prevé el artículo 15 de la citada Ley de la Jurisdicción, y no por todos los que componen la Sección, como es obligado para resolver sobre el fondo, a los cuales no puede privarse de decidir definitivamente, con arreglo a su criterio, sobre la admisibilidad del recurso de casación (SSTS de 20 de octubre de 2003, 5 de abril y 24 de mayo de 2004, entre otras).

En cuanto a las costas, si el recurso resulta estimado, el Tribunal Supremo resolverá sobre las de la instancia conforme a las normas generales (artículo 95.3 LJCA, en relación con el artículo 139 del mismo texto legal), pero si es desestimado totalmente, las costas se impondrán al recurrente, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición (artículo 139.2 LJCA).

3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL TRÁMITE DE ADMISIÓN/INADMISIÓN

La admisión del recurso constituye un trámite de ordenación del recurso, sin otra particularidad que la previsión expresa de que el ponente "instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión".

Esta previsión no añade nada especial al procedimiento, puesto que entra dentro de las obligaciones generales de todo ponente. En efecto, aun cuando el artículo 205 LOPJ atribuye al ponente el "despacho ordinario", del artículo 15.3 LJCA se desprende que esta atribución se refiere únicamente a la dación de cuenta y propuesta de resolución, puesto que este precepto exige la concurrencia, para el despacho ordinario del "que presida y dos Magistrados". La conclusión a la que se llega es la de que la admisión se resuelve siempre en el despacho ordinario de la Sección (es decir, sin señalamiento de vista o para votación y fallo) y, por consiguiente, a propuesta del ponente.

Si la Sala estima que concurren causas que pueden determinar la inadmisión, acordará la apertura del breve incidente regulado en el artículo 93.3 LJCA, que se sustancia mediante la sucinta puesta de manifiesto a las partes de la causa de inadmisión apreciada y la presentación de alegaciones por parte de éstas, y, en tal supuesto, la resolución deberá adoptar la forma de auto si se acuerda definitivamente la inadmisión total o parcial.

En caso de que la Sala considere que concurre alguna causa de inadmisibilidad dictará auto motivado declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida.

Si la inadmisión no fuere de todos los motivos aducidos, dictará también auto motivado, continuando la tramitación del recurso respecto de los motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial.

La LJCA exige unanimidad para la inadmisión en determinados supuestos. En concreto, para dictar auto de inadmisión por falta manifiesta de fundamento, desestimación de otros recursos sustancialmente iguales o falta de interés casacional se requiere unanimidad (artículo 93.4).

La inadmisión del recurso, cuando sea total, comportará la imposición de las costas al recurrente, salvo si lo es exclusivamente por falta de interés casacional.

Contra los autos que declaran la inadmisión no cabrá recurso alguno, en vía contencioso-administrativa.

4. "ÓRGANO" COMPETENTE PARA APRECIAR LA ADMISIÓN O INADMISIÓN DEL RECURSO

Con arreglo a las normas internas de distribución de asuntos entre las diversas secciones de la Sala Tercera, el conocimiento de la admisión de los recursos de casación —cualquiera que sea la materia sobre la que verse el recurso contencioso-administrativo resuelto en la instancia o el órgano del que haya emanado el acto administrativo impugnado— corresponde a la Sección Primera (regla primera de las reglas de reparto de asuntos recogidas en el Acuerdo de 27 de diciembre de 2007, vigente en el momento de redactarse este artículo, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ordena hacer público el Acuerdo de 16 de octubre de 2007, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones de ese Tribunal y asignación de ponencias que deban turnar los Magistrados en el año 2008).

Nótese que las normas mencionadas se refieren a la distribución interna de los asuntos y, por consiguiente, no son normas de competencia, de tal suerte que no pueden dar lugar al planteamiento de una cuestión de competencia, aun cuando la LJCA, de manera impropia, habla en el párrafo 2º del artículo 17.3 de la "competencia" de los juzgados cuando quiere referirse a las reglas sobre distribución de asuntos entre los que tienen la misma sede y ámbito territorial.

Como ya se indicó anteriormente los autos de inadmisión y, en general, los resolutorios de incidentes, quedan excluidos de la regla de

los cuatro magistrados, prevista en el artículo 15.2 y 3 LJCA, y, por ende, serán dictados dentro del despacho ordinario por el presidente y dos magistrados.

5. MOTIVOS DE INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN "ORDINARIO"

5.1. La inadmisión del recurso de casación y el derecho a la tutela judicial efectiva

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, es revisable en amparo constitucional. Igualmente, ha mantenido, en muchas ocasiones, la necesidad de examinar la concurrencia de los requisitos para formular el recurso de casación y, en general, los recursos, con una visión antiformalista, favorable a subsanar las omisiones y defectos del recurso de carácter no sustancial³.

Sin embargo, especialmente en relación con la casación, el Tribunal Constitucional, tras una primera etapa de tendencia antiformalista, viene sentando la doctrina de que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene una relevancia distinta y menor en vía de recurso que en la primera instancia y que la cuestión relativa a la admisibilidad del recurso de casación es una cuestión básicamente de legalidad ordinaria que corresponde a la discrecionalidad del Tribunal Supremo.

Así, la STC 20/2004, de 23 de febrero, señala que, de acuerdo con la doctrina acuñada por dicho Tribunal, sintetizada en la STC 59/2003, de 24 de marzo, "en la fase de recurso el principio *pro actione* pierde

³ La STC 87/1992, de 8 de junio, resumiendo la postura del Tribunal en relación con la interpretación de los requisitos de admisibilidad de los recursos, dice lo siguiente:

"En las citadas sentencias (las que cita —SSTC 46/1989, 49/1989, 62/1989, 121/1990, 31/1992 y 51/1992— que forman, según advierte el Tribunal, un cuerpo jurisprudencial consolidado), partiendo de la doctrina de que el acceso a los recursos forma parte integrante de la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 24.1 CE, el cual no padece si se obtiene una resolución de inadmisión del recurso por incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos (...), se ha sentado que, a la hora de interpretar y aplicar tales requisitos, los Tribunales están obligados a hacerlo en sentido más favorable a la efectividad de este derecho, (sin) formalismos contrarios al espíritu y finalidad de la norma y la conversión de cualquier irregularidad en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de modo que al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, los órganos judiciales están obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción de cierre del proceso y, además, a permitir en la medida de lo posible la subsanación".

intensidad, pues el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo al ámbito de libertad del legislador, salvo en materia penal, el establecimiento y regulación de los recursos procedentes en cada caso (STC 37/1995, de 7 de febrero), por lo que las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo. Esta regla general encuentra su excepción en aquellos supuestos en los que las resoluciones judiciales vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que, configurado legalmente el recurso, el artículo 24.1 CE garantiza también su utilización (SSTC 63/1992, de 29 de abril, y 63/2000, de 13 de marzo). Ahora bien, en consonancia con la operatividad más restringida del principio *pro actione* en relación con el derecho de acceso a los recursos, el canon de constitucionalidad al que son sometidas por parte de este Tribunal las resoluciones judiciales que declaran la inadmisibilidad de un recurso, excluyendo el pronunciamiento sobre el fondo en la fase impugnativa del proceso, es más limitado que el que deben superar las resoluciones judiciales que deniegan el acceso a la jurisdicción". En este sentido, constituye doctrina de este Tribunal, recordada en la STC 71/2002, de 8 de abril, que la decisión sobre la admisión o no de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituyen una cuestión de "legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE". "El control constitucional que puede realizar este Tribunal sobre las resoluciones judiciales que inadmitan un recurso es meramente externo y debe limitarse a comprobar si se apoyan en una causa legal (STC 168/1998, de 21 de julio) o si han incurrido en error material patente⁴, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad" (STC 248/2005, de 10 de octubre; en el mismo sentido, SSTC 94/2000, de 10 de abril, 57/2001, de 26 de febrero, 218/2001, de 31 de octubre, 33/2002, de 11 de febrero, 59/2003, de 24 de marzo, 241/2007, de 10 de diciembre, 253/2007, de 17 de diciembre, 33/2008, de 25 de febrero, y 55/2008, de 14 de abril, entre otras)".

La Sala tercera del Tribunal Supremo ha pasado, igualmente, de una primera etapa de mayor permisividad, a otra de mayor rigor en la

⁴ Como recuerda la STC 248/2005, de 10 de octubre, para que el vicio jurídico del "error patente" tenga relevancia constitucional "debe venir integrado por distintos elementos, entre ellos, el de tratarse "de un yerro, predominantemente de carácter fáctico, que sea inmediatamente verificable de manera incontrovertible a partir de las propias actuaciones judiciales" (SSTC 22/2002, de 28 de enero, y 13/2002, de 28 de enero)". En cuanto a la arbitrariedad, es entendida por la Jurisprudencia Constitucional "como un actuar sin razones formales ni materiales y que resulte de una simple expresión de la voluntad" (SSTC 51/1982, de 19 de julio y 223/2002, de 25 de noviembre).

admisión de los recursos de casación, quizás motivada por la excesiva acumulación de asuntos.

No obstante, hay quienes consideran que el derecho a la tutela judicial efectiva, debe extenderse al acceso a los recursos, incluido el recurso de casación, propiciando con ello una interpretación *pro actione* incompatible con el excesivo rigor en la exigencia de los requisitos formales para la interposición del recurso y con la interpretación restrictiva de los supuestos en que legalmente procede; los medios de impugnación constituyen, al fin y al cabo, una garantía esencial del proceso (vid. Garberí Llobregat⁵).

En efecto, hay opiniones a favor de un acceso amplio al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, casi como si se tratase de una última y extraordinaria instancia, pero instancia al fin, al igual que en determinados momentos ha sucedido con el recurso de amparo constitucional.

Sin embargo, no es difícil oponerse a este tipo de objeciones, pues se fundan en una concepción de la función jurisdiccional en los grados superiores del sistema incompatible con una visión realista de éste, por cuanto el régimen implícita o explícitamente propuesto llevaría consigo a una masificación de asuntos y, en poco tiempo, al colapso, salvo que se procediese a una ampliación del número de magistrados del Tribunal en proporciones sencillamente incompatibles con la existencia misma del Tribunal como órgano único.

Lo cierto es que los criterios sobre admisibilidad del recurso de casación se encuentran estrechamente ligados a la concepción que se tenga respecto del recurso de casación y de la función del Tribunal Supremo.

Existe, así, otra posición doctrinal, radicalmente opuesta a la anterior, según la cual, el recurso de casación del Tribunal Supremo se limitaría en función del interés casacional apreciado por el propio Tribunal. Es decir, la jurisdicción del Tribunal Supremo llegaría a ser una jurisdicción facultativa, y no preceptiva, cuyas salas serían soberanas para determinar cuál de los recursos que llegasen a ellas tienen "interés casacional" o no, interés orientado, únicamente, por su capacidad para dar lugar a esa "doctrina legal" erigida en fuente del Derecho. Esto significaría un importantísimo cambio en el Ordenamiento jurídico español que podría considerarse de compatibilidad discutible con el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵ Garberí Llobregat, J.: "El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional"; Editorial Bosch.

5.2. Análisis de las causas de inadmisión

Las causas de inadmisión del artículo 93 pueden agruparse, para su análisis, del siguiente modo:

5.2.1. Incumplimiento de los requisitos exigidos para la preparación del recurso, a saber

1º. Preparación del recurso fuera de plazo: diez días hábiles desde la notificación de la resolución.

Conforme a lo previsto en el artículo 448.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable supletoriamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de la Disposición final primera de la LJCA, los plazos para recurrir se contarán desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se recurra o, en su caso, a la notificación de su aclaración o de la denegación de ésta, de modo que el plazo de preparación del recurso de casación queda interrumpido por la interposición de un recurso de aclaración de sentencia hasta su resolución (ATS de 20 de marzo de 2003).

El cómputo de los plazos procesales se rige por las normas del Código Civil, de tal forma que el plazo de diez días empezará a contarse a partir del día siguiente al de la notificación de la resolución recurrida, excluyendo los días inhábiles. Si el último día del plazo fuere inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (artículos 5.1 del Código Civil, 89.1 LJCA y 185 LOPJ).

El plazo establecido se nos presenta como un plazo perentorio, improrrogable y preclusivo, aun cuando la sentencia contra la que se pretende recurrir no contenga mención expresa de la posibilidad de recurrir en casación. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo, entre otros, en sus Autos de 23 de noviembre de 2001 y 3 de diciembre de 2003.

El escrito de preparación del recurso debe tener su ingreso dentro de dicho plazo en el tribunal a quo, es decir, el Tribunal Superior de Justicia o la Audiencia Nacional, según sea uno u otra el órgano que haya dictado la resolución que se pretenda recurrir. En este punto es importante destacar que la presentación debe realizarse necesariamente ante la Secretaría del órgano jurisdiccional que dictó dicha resolución, en el Registro General, sin que pueda tomarse en consideración la presentación en la oficina de Correos (ATS de 25 de septiembre de 2003).

No obstante, existe la posibilidad de la presentación del escrito de preparación hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, al considerarse aplicable el artículo 135.1 LEC (STS de 2 de diciembre de 2002).

El mes de agosto es inhábil, salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales (artículo 128.2 LJCA).

La preparación tardía del recurso de casación no es, en principio, susceptible de subsanación. Y aunque el artículo 128.1 LJCA establece que se admitirá el escrito y producirá sus efectos legales, si se presenta dentro del día en que se notifique el auto de caducidad del derecho o pérdida del trámite que se haya dejado de utilizar, tal regla no es aplicable al escrito de preparación o interposición del recurso.

Esta causa de inadmisión debe apreciarla el Tribunal Supremo aun cuando la Sala de instancia erróneamente haya tenido el escrito de preparación del recurso por presentado en debido tiempo.

2º Falta de legitimación para recurrir por parte del recurrente.

El artículo 89.3 LJCA atribuye la legitimación para interponer recurso de casación a quienes hubieren sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida, lo que interpretado a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la ausencia de indefensión, consagrado en el artículo 24 CE, implica la integración en tal concepto de legitimación activa, de todas aquellas personas naturales o jurídicas, que ostentando capacidad procesal y legitimación para ser parte en el indicado procedimiento, no hubieran materializado tal facultad al no haber sido citados ni emplazados para ello (AATS de 28 de mayo de 1996, y 15 de julio de 2002 y STS de 15 de diciembre de 2006).

3º Defectos en el escrito de preparación del recurso.

No se requiere una exposición extensa y detallada, pero debe identificarse la resolución impugnada, poner de manifiesto la intención de interponer recurso y, de forma resumida, hacer referencia al carácter recurrible de la resolución que se pretende impugnar, la legitimación de la parte recurrente, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación, el órgano jurisdiccional ante el que se dirige y, en su caso, la relevancia de la norma estatal o comunitaria determinante del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 15 de octubre de 2001, 17 de junio de 2002, 10 de noviembre de 2003 y 25 de febrero de 2004, entre otras). Ha de referirse, pues, a los requisitos de admisibilidad del recurso, es decir, a las condiciones formales que hacen viable la casación, pero no a los requisitos de fondo o motivos del artículo 88 en que se fundamentará el recurso.

Los defectos en la identificación del recurso procedente pueden tener carácter subsanable durante el plazo de audiencia concedido en el incidente de admisión —aunque, en la práctica, no siempre lo estima así el Tribunal Supremo— pero no en el escrito de interposición, cuya función es otra (SSTS de 24 de septiembre de 2003 y 24 de marzo de 2004).

4º Falta de justificación de que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.

En el caso de impugnación de sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia, el recurso será inadmisibile cuando no se haya justificado en el escrito de preparación del recurso que la norma que se invoca como infringida de derecho estatal o comunitario europeo es relevante y determinante del fallo (artículo 89.2 LJCA).

El Tribunal Supremo ha rechazado cualquier posibilidad de subsanar este defecto.

“La carga que al recurrente impone el artículo 89.2 no debe ser confundida con la sucinta exposición, también necesaria, de los requisitos de forma a que se refiere el artículo 89.1, sin que sea suficiente que en el escrito de preparación se citen los preceptos legales que se consideran infringidos sino que, además, es preciso efectuar el juicio de relevancia acerca de la trascendencia de su infracción en el fallo impugnado.

No se trata de articular en el escrito preparatorio del recurso el motivo o motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación, lo que constituye el contenido propio del escrito de interposición, sino de anunciar la norma o normas jurídicas concretas, de derecho estatal o comunitario europeo, que la parte recurrente entiende han sido infringidas por la sentencia y de justificar que su infracción, que en la fase de preparación se da por supuesta, es relevante y determinante del fallo.

El artículo 89.2 de la LJCA es también de aplicación cuando se invoca como motivo de casación la infracción de jurisprudencia, pues esta infracción —de la doctrina jurisprudencial que se reputa infringida— debe citarse y justificarse oportunamente en el escrito preparatorio, ya que la jurisprudencia —artículo 1.6 del Código Civil— complementa el ordenamiento jurídico y como tal complemento se elabora y consolida en la aplicación e interpretación reiterada de normas concretas” (ATS de 2 de octubre de 2003).

La jurisprudencia ha interpretado, en alguna ocasión, que el requisito de la justificación de la relevancia de la infracción alegada de la norma estatal o comunitaria no puede ser valorado por el órgano a quo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria es la representada por el ATS de 7 marzo 2000, que admite la procedencia de que la Sala de instancia no tenga por preparado el recurso de casación que incumple este requisito⁶.

⁶ El Auto de 8 de marzo de 1999 no tiene por preparado el recurso de casación invocando al efecto la Disposición Transitoria Tercera, apartado 1, de la nueva Ley de esta Jurisdicción, en relación con los artículos 86.4, 89.2 y 90.2 de la misma. Independientemente de que en el escrito de preparación del recurso se invocaran preceptos de la derogada

El recurso será inadmisibile, en el supuesto a que nos referimos en el párrafo anterior, cuando, no obstante haberse intentado justificar el carácter relevante y determinante del fallo del precepto invocado como infringido, la Sala aprecie que no concurre este requisito, o que la norma invocada no pertenece, como exige la ley, al derecho estatal o comunitario europeo.

Al respecto, hay que señalar que el juicio de relevancia tiene su sede propia en el escrito de preparación del recurso, cumpliendo la función de acotar las infracciones normativas que habrán de servir para articular los motivos de casación, a lo que debe añadirse que la inobservancia del artículo 89.2 afecta a la esencia misma del escrito de preparación —no se trata de un defecto formal subsanable al amparo del artículo 138 LJCA—, razón por la que no puede subsanarse en actuaciones posteriores sin desnaturalizar su significado (STS de 3 de mayo de 2004).

Se ha planteado ante el Tribunal Constitucional si esta interpretación vulnera el artículo 24 CE, generando una doctrina que puede resumirse en dos aspectos fundamentales: primero, la carga procesal exigible a quien prepara el recurso de casación no se libera citando apodfeticamente las normas estatales o europeas que se reputen infringidas sin añadir justificación alguna, es decir, omitiendo el juicio de relevancia legalmente exigible, que es vicio de carácter material o sustancial y, por tanto, no subsanable; y, segundo, el defecto de justificación apreciable en el escrito de preparación tampoco es subsanable en el escrito de interposición, por corresponder a cargas procesales distintas (SSTC 258/2000, de 30 de octubre, 181/2001, de 17 de septiembre, 230/2001, de 26 de noviembre, y 89/2002, de 22 de abril).

La vigente Ley tiene en cuenta la normativa en cuya infracción se funde la casación, excluyendo el Derecho autonómico. Esto supone una diferencia importante con respecto a la derogada Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, en la que cabía la interposición de recuso de casación contra sentencias dictadas en

Ley de 27 de diciembre de 1956, en la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, dejando constancia de que en el expresado escrito "se funda el recurso en el ordinal 4 del artículo 95 de la misma ley por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en concreto, las que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como la jurisprudencia que le es aplicable", lo que lleva a la Sala de instancia a apreciar que no se ha reseñado qué norma estatal o comunitaria se considera infringida.

"En este caso, como acertadamente se razona en el auto recurrido, el escrito de preparación del recurso no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 89.2, sin que, por otro lado, el recurso de queja pueda utilizarse como medio para suplir el contenido del escrito preparatorio del recurso de casación, que es lo que, en definitiva, hace el recurrente. Y no está de más añadir que a la misma conclusión ya ha llegado esta Sala en Auto de 15 de noviembre de 1999".

única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, siempre y cuando el recurso se fundase en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas, que fuera relevante y determinante del fallo de la sentencia. Dicha previsión planteaba dudas, fundamentalmente, en el caso de en recursos contra sentencias dictadas en procesos relativos a actos de entidades locales basados en infracción de Derecho autonómico. El Tribunal Supremo terminó negando el recurso, haciendo abstracción del órgano del que procediera el acto.

Conforme a la Ley Jurisdiccional vigente, el autor del acto impugnado es irrelevante, ya proceda éste de la Administración de las Comunidades Autónomas o de órganos de la Administración Local, pues, como pone de manifiesto el ATS de 13 de febrero de 1998, lo verdaderamente decisivo es la normativa que se aplica en la sentencia con relevancia para el fallo.

Lógicamente, cabe el recurso cuando se invoca la infracción de un precepto constitucional o de un Estatuto de Autonomía que también es Ley Orgánica del Estado. Pero, en ocasiones, puede ser difícil determinar cuándo la norma infringida relevante emana o no de una Comunidad Autónoma. Así sucede cuando se invocan como infringidas, conjuntamente, normas emanadas del Estado y de las Comunidades Autónomas. La cuestión debe resolverse considerando que procede el recurso si entre las normas cuya infracción se invoca existe alguna procedente del Estado o de la Unión Europea directamente aplicable, que sea relevante y determinante del fallo, por sí misma o en relación con otras emanadas de la Comunidad Autónoma.

En el supuesto de que se trate de una norma autonómica que desarrolla una ley básica del Estado, aportando contenidos diferentes de aquélla, la norma infringida relevante y determinante del fallo es la autonómica. Si la norma infringida se limita a reproducir la norma básica estatal, parece que debe entenderse que la norma infringida, relevante y determinante del fallo es la del Estado. Esto es así porque, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la normativa básica del Estado es de aplicación directa en los casos de no desarrollo por la Comunidad Autónoma y porque cuando una Comunidad Autónoma desarrolla la normativa básica estatal sin añadir nuevos contenidos, se limita a reiterar o duplicar los mandatos de aquélla.

Debe tenerse en consideración que la causa de inadmisión objeto de estudio, sólo rige para sentencias —no para autos— dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia (ATS 10 de marzo de 2005) y sólo entra en juego cuando el recurso se fundamente en los motivos del artículo 88.1.d) LJCA —infracción del ordenamiento

jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate— pero no cuando si invoquen los motivos previstos en las letras a), b) o c) del mismo precepto (AATS de 16 de septiembre de 2004 y de 27 de enero de 2005).

En todo caso, la necesidad de justificar la relevancia que la infracción del precepto estatal o de derecho comunitario europeo ha tenido en el fallo de la sentencia, ex artículo 89.2 en relación con el 86.4, es exigible también respecto de los supuestos que pudieran encontrarse comprendidos en el artículo 86.3 de la LJCA —recurso de casación formulado contra sentencias que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general (AATS de 19 de marzo de 2001, 22 de abril de 2004, 17 de febrero de 2005 y 7 de julio de 2005, entre otros).

5º Falta de interposición del recurso de súplica en caso de casación contra autos.

El artículo 87.3 de la LJCA prevé como requisito esencial para que pueda prepararse el recurso de casación contra autos la previa interposición del recurso de súplica.

5.2.2. Defectos relacionados con el escrito de interposición

1º Ausencia de invocación o invocación inadecuada de los motivos del recurso de casación.

El recurso es inadmisibles "si el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición del recurso no se encuentran comprendidos entre los que se relacionan en el artículo 88" (artículo 93.2.b), inciso primero, LJCA).

Esta causa de inadmisión puede y debe apreciarse por el Tribunal Supremo aun cuando se haya tenido por preparado el recurso, máxime cuando en el escrito de preparación no es necesario formular los concretos motivos de casación en que pretende fundarse el recurso.

Cuando no se invoque en absoluto ningún motivo de casación puede entenderse procedente la aplicación de la causa de inadmisión del artículo 93.2.a) (falta de requisitos). Sin embargo, si se hacen alegaciones genéricas, aun cuando no se articulen propiamente como motivos de casación, la causa de inadmisión concurrente es la que estamos examinando.

En el caso de recurso de casación interpuesto contra autos recaídos en ejecución de sentencia, los motivos de casación que pueden formularse no son los previstos en el artículo 88, sino los que recoge el propio artículo 87.1.c) LJCA (resolver cuestiones no decididas directa o indirectamente en la sentencia o contradecir los términos del fallo que se ejecuta). Puede entenderse aplicable esta causa de

inadmisión, si no se invoca alguno de los expresados motivos, superando el tenor restrictivo de la LJCA en este punto, o bien entender aplicable la causa del artículo 93.2.a) por no tener carácter recurrible la resolución, ya que dicho carácter está condicionado a la concurrencia de alguna de las circunstancias que se identifican con los expresados motivos.

La exposición de los motivos del recurso en el escrito de preparación del recurso de casación no es preceptiva, pero, en caso de que se haga, este hecho no puede ser considerado como un defecto y mucho menos ser determinante de la inadmisibilidad. Por ello carece de consecuencias legales el hecho de que los motivos enunciados en el escrito de preparación del recurso no coincidan en todo o en parte con los que luego se formulen en el escrito de interposición del recurso.

En cambio, sería un grave defecto, probablemente determinante de la inadmisibilidad del recurso, el pensar que por haberse formulado los motivos de casación en el escrito de preparación basta en el de interposición con remitirse a aquél, ya que se trata de cargas procesales distintas. (AATS de 28 de marzo de 2000, 3 de mayo de 2001, 21 de enero de 2002 y 30 de diciembre de 2002).

Doctrina reiterada del Tribunal Supremo pone de manifiesto "la necesidad de concretar en qué motivo se ampara el recurso y realizar el razonamiento adecuado. La necesaria concreción de los motivos invocados (sentencias de 16 de mayo y 5 de junio de 2002, 6 de mayo y 19 de diciembre de 2003, 16 de febrero de 2005, entre otras), responde no sólo al rigor formal del recurso de casación sino también a la obligación de plantear ante el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, un recurso que respete las formalidades establecidas al no incumplir al Tribunal actuar de oficio sustituyendo las deficiencias procesales de los recurrentes". Como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 81/1986, de 20 de junio, respecto a las formalidades establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, perfectamente extrapolables respecto a las fijadas por la LJCA, la finalidad de las mismas no es ni puede ser otra que "la más correcta ordenación del debate procesal así como asegurar, en beneficio del juzgador y de la parte contraria, la mayor claridad y precisión posible en la comprensión de los motivos del recurso. Por ello deben estar referidos en concreto a uno de los motivos legalmente tasados para evitar toda confusión en la tramitación del recurso" (STS de 4 de mayo de 2005).

Además, como precisa la STS de 3 de octubre de 2001, "no cabe invocar en un mismo motivo —subsidiaria o acumulativamente— el amparo de dos supuestos diferentes de los previstos en el artículo 95.1 de la LJCA (actual artículo 88), pues "el planteamiento acumulativo

del motivo a cuyo amparo se formula el recurso, no resulta acorde con la naturaleza peculiar y extraordinaria del recurso de casación".

El Alto Tribunal señala en su sentencia de 10 de noviembre de 2004 que "el cumplimiento natural y lógico de las previsiones legales requiere la cita expresa del apartado correspondiente del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (del artículo 88.1 en el texto de 1998). Sin embargo, entiende la Sala que el escrito de interposición está correctamente formulado y respeta la exigencia legal de expresar razonadamente el motivo de casación en aquellos supuestos en los que, pese a omitirse la cita literal del apartado correspondiente del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (o del artículo 88.1 en el texto actualmente en vigor), del tenor de la redacción del escrito de interposición se deduzca de forma evidente y sin género de dudas a qué motivo o motivos legales se acoge el recurrente para articular el recurso de casación. En tales casos, la Sala ha aplicado hasta el momento el criterio más rigorista de considerar que se había incumplido la obligación legal de «expresar razonadamente» el motivo al que se acoge el recurso. Entendemos ahora, sin embargo, en una interpretación más próxima al sentido del derecho a la tutela judicial efectiva, que tal obligación legal ha quedado cumplida puesto que, pese a la omisión de la cita del apartado en cuestión, el motivo en que se basa el recurso se comprende prima facie e inequívocamente, sin suscitar dudas sobre cuál de los cuatro motivos enumerados por la Ley es el que se encuentra «expresado razonadamente» en el escrito de interposición.

Será la Sala la que, en el obligado examen que realiza del cumplimiento de los requisitos legales a que está sometido el escrito de interposición, determinará cuando, en los casos en los que se haya omitido la mención expresa del apartado correspondiente del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (o del 88.1 en el texto de la Ley de 1998), deba entenderse que se ha cumplido la exigencia legal de expresar razonadamente el motivo o motivos a los que se acoge el recurrente, atendiendo al tenor del escrito de interposición del recurso de casación y, en concreto, de cómo se formula el motivo casacional".

Por otra parte, debe citarse la sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el 9 de noviembre de 2004 (asunto Sáez Maeso), en la que se condena a España, por vulneración del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al abono de 7000 € en concepto de daños morales al interesado, generados como consecuencia de una resolución del Tribunal Supremo que declaraba inadmisibles por defectos formales un recurso de casación, al amparo del artículo 100.2 LJCA, por incumplimiento de la obligación de precisar el motivo sobre el cual se fundaba el recurso con invocación expresa del apartado pertinente del artículo 95 de la derogada Ley de

la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, equivalente al actual artículo 88 LJCA. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó, esencialmente, en el hecho de que el defecto formal en que nuestro Tribunal consideró había incurrido el escrito de preparación, no impedía a la Sala sentenciadora, en el caso concreto y en el momento en que se acordó la inadmisión, conocer la naturaleza de la pretensión casacional y resolver sobre el fondo de lo alegado.

El motivo claramente desterrado del recurso de casación que da lugar a más inadmisiones es la pretensión de revisión de la valoración de los hechos y de la prueba efectuada en la instancia. Se infiere la falta de motivo casacional a través de lo que el Tribunal Supremo denomina "hacer supuesto de la cuestión".

Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, puede resultar difícil deslindar lo meramente fáctico de lo jurídico, ya que, en ocasiones, la apreciación de los hechos envuelve un juicio jurídico de los mismos.

La jurisprudencia trata de deslindar lo que ha de entenderse por valoración de la prueba en sentido estricto, esto es, la determinación contrastada de lo verdaderamente demostrado cuya competencia corresponde en exclusiva al Tribunal de instancia, y la actividad consistente en examinar si a los hechos o elementos fácticos verdaderamente inferidos de los distintos medios probatorios o aceptados total o parcialmente por las partes contendientes, se les ha hecho una congruente y lógica aplicación de los preceptos cuya presunta infracción se denuncia.

No es motivo de casación el error de hecho en que hubiese podido incurrir el Tribunal de instancia al valorar las pruebas, mas cabe alegar como motivo la infracción por el Tribunal a quo de las normas o de la jurisprudencia reguladoras de la valoración de una concreta y determinada prueba.

2º Ausencia de la mención expresa de las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas.

Esta causa de inadmisión se relaciona con el motivo de casación comprendido en el artículo 88.1.d) (infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate). No obstante, la LJCA establece con carácter general que en el escrito de interposición del recurso de casación "se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas" (artículo 92 LJCA). Ello tiene su razón de ser en que el recurso de casación es siempre un recurso fundado en la infracción del ordenamiento jurídico, de tal suerte que todos los motivos de casación giran en torno a este concepto. Por lo tanto, cualquiera que sea el motivo de casación, es preceptiva la invocación de las normas del ordenamiento o la jurisprudencia —que forma parte de él, complementándolo— que

han resultado infringidas. La falta de este requisito dará lugar a que la Sala declare la inadmisibilidad del recurso.

La cita de la jurisprudencia consiste, cuanto menos, en la mención de la fecha de las sentencias que se reputan infringidas, en unión de un razonamiento sobre los motivos por los que se estima que la sentencia impugnada infringe la doctrina sentada en ellas. Puede añadirse, para facilitar la labor de consulta de la Sala, el número con que la sentencia figura registrada en los repertorios más conocidos, o el número de recurso, dado que en los últimos años pueden ser numerosas las sentencias de la Sala Tercera de la misma fecha y puede resultar conveniente distinguir aquella que se quiere invocar de las de su misma fecha.

No es necesario aportar testimonio de las sentencias invocadas, ni siquiera copia simple de ellas, puesto que la jurisprudencia es objeto de publicación oficial. En virtud del artículo 107 LOPJ, corresponde al Consejo General Poder Judicial la "publicación oficial de las sentencias y otras resoluciones que se determinen del Tribunal Supremo y del resto de órganos judiciales"; dicha competencia es desarrollada por el artículo 7 del Reglamento 1/2005, que regula los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (aprobado mediante Acuerdo de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial).

En cuanto al concepto de jurisprudencia, basta con recordar que la cita de una sola sentencia puede dar lugar a que el Tribunal Supremo inadmita el recurso por entender que no es suficiente para que exista jurisprudencia, y que sólo son susceptibles de ser invocadas con este carácter las sentencias del Tribunal Supremo.

En relación con esta causa de inadmisión, hay que resaltar una cierta vacilación jurisprudencial en torno al carácter subsanable o no de los defectos en la cita de las normas o de la jurisprudencia infringidas. Especialmente, debe tenerse presente la doctrina antiformalista sentada por el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, en el sentido de que debe valorarse la entidad real del vicio formal cometido y subsanar, en la medida de lo posible, las irregularidades cometidas por el recurrente. De ahí cabe deducir que la cita de las normas y de la jurisprudencia infringidas no cabe exigirla con excesivo rigor, sino que, aunque se realicen imperfectamente o con irregularidades, el Tribunal sólo puede dar lugar a la inadmisión cuando éstas sean de tal naturaleza que impidan el examen y la decisión sobre la infracción alegada, por ser imposible despejar la ambigüedad o incertidumbre sobre el contenido o el alcance de la pretensión impugnatoria⁷.

⁷ Como ya se indicó, anteriormente, las decisiones de inadmisión de los recursos que efectúen los órganos judiciales sólo pueden ser objeto de revisión por parte de el Tribunal Constitucional "si la apreciación de la causa se ha llevado a cabo de forma inmotivada,

3º Falta de relación de las citas hechas sobre preceptos del ordenamiento o jurisprudencia infringidos con las cuestiones debatidas.

Puede ocurrir que la cita de las normas o la jurisprudencia infringidas aparezca en principio como correcta, pero se advierta que dichas normas o jurisprudencia no guardan relación con las cuestiones debatidas en la instancia.

Conviene recordar, que la cita en un motivo de casación de preceptos no aplicables al caso puede desembocar en la inadmisibilidad del recurso por estimar el Tribunal Supremo que su cita no guarda relación alguna con las cuestiones debatidas (artículo 93.2.b) LJCA), pero también originar la inadmisibilidad del recurso por entender en tribunal que, aun guardando alguna relación con las cuestiones debatidas, de modo manifiesto son inaplicables por lo que el recurso carece manifiestamente de fundamento (artículo 93.2.d) LJCA). La diferencia entre uno y otro supuesto radica en que, al menos teóricamente, en el primer caso, el Tribunal Supremo no entra en el fondo, sino que se limita a comprobar que los preceptos o la jurisprudencia citados como infringidos no guardan relación con lo debatido en la instancia, es decir, constituyen una cuestión nueva que, independientemente de que pudiera estar fundada, no puede ser examinada en casación por vedarlo los límites que impone este recurso al conocimiento por el tribunal superior. El examen del Tribunal Supremo, por ende, se mueve, en este caso, en el plano meramente formal. Por el contrario, en el segundo supuesto, la Sala Tercera considera que la cuestión puede guardar alguna relación con lo debatido en la instancia y, por lo tanto, no puede rechazarse entrar a conocer de ella por motivos formales; sin embargo, al examinar anticipadamente el fondo, se advierte que los preceptos no son aplicables (por referirse a supuestos de hechos distintos de los sentados por la sentencia de instancia, o por hallarse el momento en que se produjeron los hechos fuera del período de aplicación de acuerdo con las normas sobre vigencia y sobre derecho intertemporal).

Por otra parte, debe tenerse en consideración que la LJCA exige que la cita de normas y jurisprudencia no guarde "relación alguna" con las cuestiones debatidas. Es decir, que cuando exista "alguna relación" entre unas y otras no puede aplicarse esta causa de inadmisión del recurso. Y ello, porque la imposibilidad de entrar en el conocimiento de cuestiones nuevas radica en la falta de contradicción y prueba sobre

irrazonable o arbitraria, incurra en error de hecho patente o como consecuencia de una interpretación rigorista y excesivamente formal que quiebre la proporción entre la finalidad del requisito incumplido y las consecuencias para el derecho fundamental" (a la tutela judicial efectiva) (SSTC 162/1995, de 7 de noviembre; 38/1996, de 11 de marzo; 160/1996, de 15 de octubre; 93/1997, de 8 de mayo; 112/1997, de 3 de junio; 207/1998, de 26 de octubre, y 233/2001, de 10 de diciembre, entre otras).

dicha cuestión que debiera haberse producido en la instancia. Por tanto, la cita debe comportar, realmente, el planteamiento de una cuestión nueva no debatida en la instancia, esto es, que se postule la aplicación de un precepto legal o de una doctrina jurisprudencial hasta el momento no invocada, siempre que ello comporte unas consecuencias jurídicas que en la instancia no se hubieran planteado ni debatido.

No concurre, en cambio, esta limitación, cuando se trata simplemente de la cita de nuevos preceptos legales o nuevas sentencias para defender la misma calificación o consecuencia jurídica aportando nuevos argumentos, de tal suerte que la cita de los nuevos preceptos legales o antecedentes jurisprudenciales no suponga una verdadera alteración del punto de vista jurídico.

No debe olvidarse, finalmente, que el carácter de no aplicables que tienen los preceptos legales o la jurisprudencia invocada como infringida podría también dar lugar, en último extremo, a la desestimación del recurso de casación.

4º Falta de constancia de haber pedido la subsanación de la falta, cuando era necesario (artículo 93.2b LJCA).

5º Desestimación en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales.

Esta causa de inadmisibilidad material tiene su precedente en la redacción original del artículo 50 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

Junto con la siguiente —falta manifiesta de fundamento del recurso— se separa de todas las demás en cuanto a su naturaleza, puesto que implica una anticipación al momento de la admisión del examen del fondo del recurso de casación entablado o de alguno de sus motivos.

Su introducción ha venido forzada por la masificación de asuntos ante los tribunales que ha hecho necesario establecer fórmulas restrictivas para la admisión de determinados recursos extraordinarios o especiales, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional, a la que ya se ha hecho referencia, con arreglo a la cual las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son más estrictas cuando se trata del acceso a la jurisdicción que del ejercicio del derecho a recurrir.

Esta causa de inadmisión requiere que las sentencias desestimatorias lo hayan sido en cuanto al fondo; que se trate de "recursos sustancialmente iguales"; y que se citen las sentencias concretas que sirven de "precedente contrario".

Además, la aplicación de esta causa de inadmisión requiere coincidencia estricta entre los motivos de casación articulados en los recursos de casación confrontados, tal y como expone la STS de 22 de diciembre de 2004.

"El sentido último de la causa de inadmisión de dicho artículo se basa en la innecesariedad de nuevos pronunciamientos de fondo sobre cuestiones sobre las que [...] ya existe una doctrina consolidada" (ATS de 30 noviembre 2006).

6º Falta manifiesta de fundamento. Esta causa material de inadmisión tiene también su precedente en la antigua redacción de la LOTC, concretamente, en los artículos 50 y 86. Supone una anticipación de juicio sobre el fondo, dado el carácter desestimatorio manifiesto del sentido de la decisión que ha de dictarse, toda vez que cualesquiera que sean las alegaciones de la parte no serán suficientes para desvirtuar esta apreciación.

El Tribunal Supremo ha hecho escasa aplicación de esta causa de inadmisión. Sin embargo, la ha apreciado cuando no se citan las normas o la jurisprudencia que se dicen infringidas por la sentencia impugnada o cuando el escrito de interposición del recurso carece de la estructura que le es propia, formulándose alegaciones que corresponden más bien a una demanda, sin permitir que se conozcan los contenidos críticos que se dirigen contra la sentencia impugnada (ATS 4 de junio de 2001).

Asimismo, se ha aplicado esta causa de inadmisión cuando el escrito de interposición se limita a formular aseveraciones apodícticas, sin razonamiento que avale la tesis impugnatoria o cuando la argumentación en la que se fundamenta el recurso se limita a la mera discrepancia respecto de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia (ATS de 16 de mayo de 2001).

7º Inadmisión del recurso por falta de interés casacional. Es una causa de inadmisión introducida por la nueva LJCA que reconoce la facultad del Tribunal Supremo de inadmitir los recursos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, si el recurso estuviere fundado en el motivo del artículo 88.1.d), infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable, y se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.

Esta modificación obedece a la propuesta del Consejo General del Poder Judicial, efectuada en el Libro Blanco de la Justicia, de que se tenga en cuenta el interés casacional del recurso como límite a su admisibilidad.

El Tribunal Supremo ha apreciado la falta de interés casacional cuando puede afirmarse que la cuestión no afecta a un significativo número de situaciones jurídicas y no posee el suficiente grado de generalidad (ATS de 19 de noviembre de 2001). Si bien parece que habrá que tener en cuenta la noción de interés casacional que resulta

del artículo 477.3 LEC, según el cual, un recurso presenta tal interés cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, resuelva puntos o cuestiones sobre los que existan criterios contradictorios en los Juzgados o Tribunales, o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativas a normas de igual o similar contenido.

Debe añadirse que la ausencia de interés casacional debe ser manifiesta y ostensible (STS 4 de noviembre de 2002).

Por su parte, la STS de 12 de julio de 2004 propugna un uso moderado de la examinada causa de inadmisión dada la incidencia que podría tener en la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación extensiva de la previsión establecida en el artículo 93.2e).

5.2.3. Resoluciones no susceptibles de impugnación mediante recurso de casación

El Tribunal Supremo pronunciará auto de inadmisión en los casos en que la resolución impugnada no sea susceptible de recurso de casación, incluso aunque la Sala de instancia hubiera tenido por preparado el recurso. Así ocurrirá cuando no se halle comprendida entre las que, con dicho carácter, se reseñan en los artículos 86 y 87 LJCA.

Conforme al artículo 86 LJCA se exceptúan de la casación:

1º Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que afecten al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

Por "cuestión de personal" debe entenderse cualquier controversia que afecte al régimen jurídico y contenido de los derechos y obligaciones inherentes a la relación de empleo que trae causa directa del sujeto de dicha relación. O dicho de otro modo, surgida como consecuencia de una incidencia ocurrida en el marco de la prestación de la actividad profesional que constituye el objeto de la relación de servicio, es decir, relacionada con su nacimiento, desarrollo o extinción, o, lo que es lo mismo, derivada de una relación de empleo público (AATS de 17 de febrero y 30 de junio de 2005).

2º Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25.000.000 de pesetas o 150.000 €, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del recurso.

La vigente Ley Jurisdiccional establece, así, una elevación sustancial del límite cuantitativo para el acceso a la casación que, anteriormente, se encontraba en seis millones de pesetas.

Los criterios meramente cuantitativos de acceso a la casación son susceptibles de crítica, en cuanto que prescinden de la relevancia del contenido jurídico, dado que puede ser de especial significación para los intereses generales la cuestión debatida con independencia de su cuantificación económica. De *legis ferenda*, podría ser preferible abrir la casación, incluso a asuntos de pequeña cuantía, estableciendo como contrapeso un riguroso trámite de admisión.

Por el contrario, la admisión del recurso de casación en materia de derechos fundamentales, cualquiera que sea la cuantía del recurso litigioso constituye una medida muy acertada. El derogado artículo 93.2 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 exigía como requisito necesario que la cuantía de la asunto excediera de seis millones de pesetas, también en materia de derechos fundamentales, lo que era frecuentemente criticado por la doctrina, al considerar que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no pueden quedar supeditados, dada la trascendencia para la tutela efectiva de los ciudadanos, a que la cuantía del asunto en litigio excediera un determinado límite mínimo⁸.

Sobre la conversión a euros de las cuantías establecidas en pesetas, debe tenerse en cuenta el ATS de 2 de febrero de 2006, que considera aplicable, supletoriamente, a los recursos contencioso-administrativos iniciados a partir del 1 de enero de 2002, el RD 1417/2001, de 17 de diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LEC⁹.

⁸ No deben confundirse las sentencias recaídas en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales con aquellas dictadas en procedimientos ordinarios por al mera invocación en el proceso de la vulneración de tales derechos (ATS de 1 de julio de 2004).

⁹ El auto razona dicha aplicación en los siguientes términos:

"Solo son recurribles en casación las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, en asuntos —ex artículo 86.2 b) LRCA— cuya cuantía exceda de 25 millones de pesetas (a salvo el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, que no hace al caso), lo que equivale a 150.253,03 euros, según el tipo de conversión irrevocablemente fijado entre el euro y la peseta por el Reglamento (CE) n.º 2866/98, del Consejo, de 31 de diciembre.

Ahora bien, la disposición adicional segunda, sobre "Actualización de cuantías", en su número 2, inciso final, de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria —ex disposición final primera de la LRJCA—, que prevé la conversión a la moneda europea (euro) de las cuantías establecidas en pesetas en dicha Ley, "eliminando las fracciones de aquella moneda y estableciendo los importes en euros de modo que, conforme a lo habitual en nuestras leyes, sean de fácil utilización", contiene, sin embargo, una precisión y es que "junto a las nuevas cuantías en moneda europea, se mantendrán las establecidas en pesetas por esta Ley en las reglas sobre [...] acceso a los recursos", en lo que aquí interesa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha manifestado extraordinariamente restrictiva al considerar la cuantía de los procesos para su acceso a la casación, especialmente en el ámbito tributario.

Así su doctrina puede resumirse en los siguientes puntos:

- Atiende a la cuota tributaria de cada tributo y de cada periodo impositivo, sin considerar la acumulación de cuotas de diferentes periodos, aunque hayan sido objeto de un acta única, de una sola liquidación o resolución en el Tribunal económico-administrativo.
- Considera la cuota diferencial o realmente discutida en el proceso.
- Atiende a la cuota, sin tener en cuenta intereses, recargos o sanciones, salvo que estos conceptos sean de superior cuantía y fueran objeto de concreta impugnación.

El ATS de 17 de junio de 2008 resume dichos criterios señalando que "es doctrina constante de la Sala considerar que cuando se impugna una liquidación tributaria, en su integridad, por motivos que afectan a la deuda tributaria, esto es, cuando la pretensión formulada afecta a todos los conceptos que, según el artículo 58 de la Ley

Esta previsión no puede entenderse en el sentido que lo hace la Sala "a quo", pues ello supondría el mantenimiento de dos cuantías distintas, en este caso, para el acceso al recurso de casación, con quiebra del principio de seguridad jurídica. Así lo avala el párrafo segundo del apartado XX de la Exposición de Motivos de la LEC al afirmar que "en cuanto a la disposición adicional segunda, el mantenimiento de la cuantía en pesetas junto a la cuantía en euros, en ciertos casos, obedece al propósito de facilitar la determinación del procedimiento que se ha de seguir en primera instancia y la posibilidad de acceso a algunos recursos, evitando tener que convertir a moneda europea las cuantías que consten en documentos y registros, quizá largamente ajenas a dicha moneda, en que haya de fundarse la cuantificación."

En definitiva, que se mantengan las cuantías en pesetas no tiene más que un valor meramente informativo, y transitorio hasta la plena implantación del euro, pero la clase de juicio procedente y el régimen de acceso a los recursos habrá de determinarse con arreglo a la moneda europea y atendidos los importes "de fácil utilización" que ha recogido el R.D. 1417/01, de 17 de diciembre. La referida disposición procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LEC —en lo que aquí interesa, la recogida en el anexo II en relación con el artículo 477.2 LEC, prevista para la admisión del recurso de casación (25.000.000 pesetas como equivalente a 150.000 euros), y es dictada en desarrollo de la disposición adicional segunda de la LEC, con el fin de eliminar las fracciones en las cuantías reflejadas en euros y así facilitar su utilización en el proceso.

Ahora bien, dicha previsión no tiene plena implantación hasta el 1 de enero de 2002 y respecto a las "pretensiones basadas en hechos posteriores a la entrada en vigor de dicha moneda" (artículo 2 del RD 1417/01), debiendo entenderse por tales pretensiones aquellas que se ejercitan en el seno de un proceso contencioso-administrativo iniciado en fecha igual o posterior a la indicada —criterio este seguido también por la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto de los procesos propios de la jurisdicción civil en Auto de 24 de mayo de 2005, recurso 1142/2004—. Por lo tanto, el recurso de casación formulado en un proceso contencioso-administrativo, iniciado, ya sea mediante escrito de recurso o demanda, en fecha igual o posterior al 1 de enero de 2002, será admisible por razón de la cuantía siempre que ésta supere la cifra de 150.000 euros (24.957.900 pesetas)⁵.

General Tributaria de 1963, integraban dicha deuda (cuota, intereses y, en su caso, sanción), la magnitud económica a considerar, de acuerdo con los artículos 40 a 41 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, para la determinación de la cuantía del recurso es la de la cuota a que se refería el artículo 55 de dicha Ley. Esto es, la cuantía del principal de la deuda impugnada, con exclusión de intereses, recargos y sanciones, aunque la suma de todos los conceptos resulte superior al mínimo legalmente establecido para el acceso a la casación (AATS de 17 y 24 de noviembre de 2000 y 13 de septiembre de 2007, entre otras muchas resoluciones).

Ahora bien, aunque la impugnación se refiera a todos los conceptos de la liquidación, si de manera específica se utilizan motivos que afectan o se refieren, en concreto, a alguno de los conceptos accesorios de la deuda tributaria o a la sanción impuesta, es la dimensión cuantitativa de aquéllos o de ésta el parámetro a considerar para determinar la cuantía del recurso, si su importe es superior al de la cuota (entre otros, AATS de 29 de Enero y 22 de Febrero de 1999, y SSTS de 5 y 15 de Julio de 2000, 11 de Diciembre de 2001 y 20 de Febrero, 3 y 11 de Julio de 2002, 14 de diciembre de 2006, 20 de febrero y 2 de abril de 2007, entre otras resoluciones). Aunque, en tal supuesto la admisión del recurso queda limitada al concepto o elemento que supera la cuantía requerida para la viabilidad procesal de la impugnación casacional.

- Los mismos criterios se aplican al periodo ejecutivo, cuando se impugnan providencias de apremio; e, incluso, a la impugnación de derivaciones de responsabilidad.

La cuantía del recurso puede rectificarse en sede casacional cuando ha sido fijada inadecuadamente en instancia, conforme a las reglas de los artículos 40 a 42 LJCA y 251 LEC. Se reconoce la facultad del Tribunal Supremo de rectificar fundadamente la cuantía en el trámite de admisión de oficio o a instancia de parte.

También son susceptibles de casación las sentencias recaídas en asuntos de cuantía indeterminada, aunque en relación a tales supuestos se establece la importante limitación de la eventual carencia de interés casacional.

3° Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el artículo 122 LJCA.

4° Las dictadas en materia electoral.

5° Las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en

infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

6º Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento (Ley 7/1988, de 5 de abril).

Por el contrario, cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que declaren nula o conforme a Derecho una disposición de carácter general (artículo 86.3 LJCA).

Efectivamente, el artículo 86.3 LJCA ha introducido un cambio importante en el régimen de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

Así como anteriormente, las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación cuando contenían una impugnación indirecta de una disposición general (artículo 93.3 de la Ley de 1956), en la legislación vigente lo son únicamente cuando la sentencia declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada —artículo 86.3 LJCA aplicable también, por supuesto, a los recursos directos—, declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer el recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla (artículo 27.2 LJCA), sin perjuicio de que si no lo fuera, y la sentencia es estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, el Tribunal Superior de Justicia o, en su caso, la Audiencia Nacional, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate (AATS de 13 de enero y 7 de julio de 2005).

Por tanto, la apertura del recurso de casación en los casos de impugnación indirecta de normas reglamentarias se encuentra sujeta al régimen general previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 86 y no al especial de su apartado 3, salvo lo que se ha señalado antes para el supuesto de que confluya en el órgano jurisdiccional —Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia— la doble competencia para conocer del recurso indirecto y del recurso directo contra la disposición general cuestionada (AATS 13 de noviembre de 2000, 8 de enero de 2001, 10 de julio y 19, ambos de noviembre de 2003, y 27 de mayo de 2004, entre otros).

Por otra parte, resulta preciso determinar la naturaleza del acto impugnado, pues un simple acto de carácter interpretativo no tiene

carácter de disposición general; se trata de actos que se encuentran desgajados de la potestad reglamentaria, dirigidas primordialmente a la regulación de aspectos domésticos que sólo vinculan a los órganos de gestión de la Administración Pública, que realizan únicamente una labor interpretativa y aclaratoria, que, en ningún caso, pueden considerarse revestidos del carácter normativo de disposición general, sino que constituyen meros instrumentos clarificadores y, por ende, favorecedores del correcto cumplimiento de las normas (cítese, como ejemplo, los AATS de 20 de mayo y de 1 de julio de 1997 y los de 16 de febrero y 6 de julio, ambos de 1998).

En lo que respecta a los autos, son sólo susceptibles de casación los autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional mencionados en el artículo 87 LJCA, en los mismos supuestos previstos para las sentencias, excluyéndose los restantes.

Por tanto, sólo son recurribles:

1. los que declaren la inadmisión o hagan imposible la continuación del recurso contencioso-administrativo;
2. los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares;
3. los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas directa o indirectamente en aquéllas o que contradigan los términos del fallo que ejecuta; y,
4. los dictados en relación con la ejecución provisional de sentencias recurridas en casación. Así, la ley resuelve, expresamente, las dudas que se habían suscitado en la propia Sala tercera del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de recurrir los autos dictados en relación con la ejecución provisional de sentencias.

Como puede observarse, el denominador común de los autos susceptibles de recurso de casación es su trascendencia en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto pueden afectar al acceso a la jurisdicción, a las medidas cautelares o a la ejecución de la sentencia.

6. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El Tribunal Constitucional ha manifestado reiteradamente que el principio de igualdad ante la Ley consagrado por el artículo 14 CE integra también el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, lo

que reclama una aplicación uniforme, esto es, no contradictoria, del Ordenamiento jurídico.

La contradicción entre las sentencias de los Tribunales presenta, según el caso de que se trate, diferente relevancia legal y constitucional.

La contradicción entre decisiones de distinto rango y diferente sector jurisdiccional carece de relevancia constitucional y se resuelve mediante la aplicación de los principios de jerarquía y especialidad (SSTS de 31 de abril y 21 de mayo de 1990, 13 de marzo de 1991, 8 de octubre de 1992 y 7 de julio de 1994).

Sin embargo, la contradicción¹⁰ entre dos sentencias de dos Tribunales de la misma jurisdicción debe resolverse a través del recurso de casación para la unificación de doctrina, tal como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 318/1994, de 28 de noviembre:

"La doctrina, se apellide legal o no, es, en definitiva, la jurisprudencia que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo (y sólo él) al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, con un valor normativo complementario (artículo 1.6 Código Civil). El recurso para la unificación de doctrina devuelve a la casación su prístino significado como salvaguarda de la pureza de la Ley, más que en interés de los litigantes, sirviendo al principio de igualdad en su aplicación y a la seguridad jurídica, al tiempo que dota de contenido real a la supremacía de su autor, configurada constitucionalmente (artículo 123 CE)" (STC 318/1994, de 28 de noviembre).

La regulación del recurso de casación para la unificación de doctrina, que aparece en los artículos 96 a 99 LJCA, procede de la reforma efectuada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, como derivación de una previsión genérica de la LOPJ.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpondrá directamente ante la sala sentenciadora en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la sentencia (artículo 97.1 LJCA).

¹⁰ Existe, incluso, un tipo de contradicción con relevancia constitucional, que permite el acceso al recurso de amparo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: acreditación de un *tertium comparationis* anterior a la resolución que se impugna (SSTC 116/1987, de 7 de julio, 100/1989, de 5 de junio, y 34/1995, de 6 de febrero), identidad de órgano jurisdiccional —entendiendo por tal, la identidad de Sala— (SSTC 134/1991, de 17 de junio, 266/1994, de 3 de octubre, y 34/1995, de 6 de febrero), identidad de supuestos resueltos de forma contradictoria y ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, al fin de excluir la arbitrariedad e inadvertencia (SSTC de 185/1994, de 27 de octubre, 79/1997, de 21 de abril y 132/1997, de 15 de julio, entre otras).

La interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, cuando concurren los elementos que lo hacen posible, es presupuesto indispensable para el posterior acceso al recurso de amparo, según se desprende del artículo 44.1 LOTC.

La admisión se acuerda por la Sala sentenciadora en instancia y tiene lugar mediante diligencia de ordenación, según resulta del artículo 97.3 LJCA. Ahora bien, establecer esta forma para una resolución que exige ponderar los expresados requisitos puede resultar contraria al artículo 456 LOPJ, por lo que se impone una interpretación correctora y entender que la admisión del escrito de interposición del recurso debe hacerse, cuanto menos, mediante providencia. Y, claro está, nada impide que la admisión del recurso se acuerde por medio de auto.

La resolución que admite a trámite el recurso determina la continuación del procedimiento, aunque resulta posible que en la sentencia se examine de nuevo la admisibilidad del recurso.

La LJCA no establece el régimen de recursos contra la resolución que admite a trámite el recurso. Nos inclinamos por entender aplicable un criterio similar al que rige para el recurso de casación común (artículo 90.3 LJCA), de tal suerte que la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero sí oponerse a la admisión en el escrito de oposición.

Son causas determinantes de la inadmisión que debe acordar la Sala a quo: 1º) el incumplimiento de los requisitos de competencia, legitimación y postulación; 2º) el carácter irrecurrible de la sentencia impugnada (arts. 96 y 99 LJCA); 3º) el incumplimiento de los requisitos de tiempo y lugar; 4º) la falta de justificación razonada de la concurrencia de la triple identidad de sujetos, hechos y pretensiones entre la sentencia impugnada y aquellas que se aducen como contradictorias; 5º) la ausencia de justificación documental de las sentencias alegadas como contradictorias; y 6) la falta de exposición razonada de la infracción legal cometida por la sentencia impugnada, que debe estar comprendida en el ámbito de la contradicción.

Por otra parte, debe tenerse en consideración que "si en el recurso de casación ordinario se permite combatir, de forma directa, la interpretación y aplicación que del ordenamiento jurídico haya hecho la sentencia recurrida, en la modalidad casacional para la unificación de doctrina, se exige que la realidad e interpretación y aplicación de las normas jurídicas de la sentencia impugnada, se ponga en comparación con las de contraste aportadas a tal efecto. Por ello, [...] el recurso de casación para la unificación de doctrina exige un doble fundamento: la existencia de una contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia o las sentencias alegadas en contraste; e infracción del ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada. Así resulta del artículo 97.1 LJCA, al establecer que el recurso se interpondrá mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida (STS de 25 de junio de 2008).

Además, entre uno y otro fundamento ha de existir una necesaria relación, entendiéndose que la infracción legal imputada a la resolución impugnada ha de constituir el objeto de la contradicción denunciada. De ahí que la contradicción opere como requisito de admisibilidad del recurso y como elemento de su fundamentación.

Por consiguiente, la procedencia del recurso se condiciona, en primer lugar, a que respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (artículo 96.1 LJCA), por lo que debe producirse la contradicción entre sentencias determinadas en las que concurra la llamada triple identidad: subjetiva porque las sentencias que se oponen como contrarias afectan a los mismos litigantes o a otros diferentes en idéntica situación; fáctica o relativa a los hechos fijados en la sentencia impugnada y la invocada como contraste; y jurídica referente a las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso, de manera que, dada su analogía, desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento jurídico, reclamen una solución de idéntico sentido.

En segundo lugar, es necesario que exista la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida y que tal infracción constituya el objeto de la contradicción entre sentencias. En virtud de ello, es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a dar lugar al recurso (STS 24 de octubre de 1996). Sólo cuando se concluya que el criterio acertado es el de la sentencia antecedente habrá lugar al recurso, no, en cambio, si la tesis correcta es la contenida en la sentencia que se impugna.

No obstante, debe advertirse que existe una cierta falta de claridad acerca del criterio determinante de la existencia o inexistencia de las identidades precisas. En ocasiones, se aprecia una posición excesivamente restrictiva, exigiendo la plena coincidencia de presupuestos fácticos y jurídicos y la contradicción en el fallo de las sentencias comparadas, frente a otras, menos exigentes, en las que se atiende más a la contradicción de las doctrinas que sustentan las respectivas decisiones.

La inadmisión del recurso se acuerda, en su caso, por la Sala sentenciadora en instancia mediante auto, siendo preceptivo oír a las partes en el plazo común de cinco días para que puedan formular las alegaciones que estimen procedentes. Se considera que la parte recurrente tiene la facultad de subsanar, en el plazo de diez días, los defectos de índole formal en que haya podido incurrir al interponer el recurso aplicando lo dispuesto en el artículo 138 LJCA.

No resulta, sin embargo, fácil determinar qué defectos tienen carácter subsanable y cuáles no. Parece subsanable la falta de certificación de las sentencias alegadas como contradictorias, pero no la falta absoluta de su cita; y lo serán, asimismo, los defectos no sustanciales relativos al contenido del escrito de interposición, siempre que la contradicción alegada y la infracción legal imputada a la sentencia recurrida estén debidamente determinadas.

No se establece plazo especial para dictar la resolución por la que se acuerda la inadmisión del recurso, por lo que en cumplimiento de las normas generales, debe dictarse "sin dilación".

Contra el auto de inadmisión puede interponerse recurso de queja, que se sustanciará con arreglo a lo establecido en la LEC (artículos 494 y 495).

Según el artículo 93.5 LJCA, la inadmisión del recurso, cuando sea total, comporta la imposición de las costas al recurrente.

La admisión acordada por el Tribunal a quo no supone que el Tribunal Supremo carezca de competencia para pronunciarse sobre la viabilidad procesal del recurso. Incluso, como ocurre también en la modalidad común, el Alto Tribunal tiene facultades más amplias que la Sala de instancia para acordar la inadmisión del recurso y puede rectificar fundadamente la cuantía del proceso inicialmente fijada a los efectos de determinar la procedencia del recurso.

Así, se inadmiten con frecuencia recursos de casación por no llegar la cuantía a 18.000 €. La STS de 30 de mayo de 2008 señala a este respecto: "el recurso de casación para la unificación de doctrina es excepcional, subsidiario respecto del de casación ordinaria y limitado por razón de la cuantía, como resulta de lo establecido en el artículo 96.3 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción —la 29/1998, de 13 de julio—, que al puntualizar las sentencias susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina determina que sólo lo serán aquellas sentencias que no sean recurribles en casación con arreglo a lo establecido en el artículo 86.2.b) (por haber recaído en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas —150.253,03 euros—), siempre que la cuantía litigiosa sea superior a tres millones de pesetas —18.030,36 euros—. El establecimiento de una "summa gravaminis" para el acceso a esta casación tiene su fundamento en el designio del legislador de agilizar la actuación jurisdiccional en todos los órdenes para procurar que la Justicia se imparta de la forma más rápida y eficaz posible, de acuerdo con las exigencias del artículo 24 de la Constitución".

Hay que añadir que resulta irrelevante, a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación por razón de la cuantía, que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia, que se haya ofrecido el

recurso al notificarse la resolución impugnada o que haya sido admitido anteriormente y se advierta la carencia de cuantía al momento de dictarse el fallo en el que ha de apreciarse, incluso, de oficio (ATS de 6 de julio de 1998).

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que, respetando el principio de contradicción, la fijación de la cuantía puede ser efectuada en cualquier momento, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional, ya que se trata de una materia de orden público procesal, máxime cuando es determinante de la procedencia o improcedencia del recurso de casación (por todas, STS de 12 de febrero de 1997).

7. INADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

Si el recurso de casación que podríamos denominar "ordinario" es un recurso extraordinario por las resoluciones recurribles y lo tasado de sus motivos, mucho más lo es el que se puede interponer en interés de la ley, tanto por razón de la legitimación para plantearlo, como por sus efectos.

Efectivamente, mediante esta modalidad de recurso de casación el Tribunal Supremo no puede modificar la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida, es decir, no afecta al caso concreto, sino que se limita a fijar pro futuro la doctrina legal (si la sentencia es estimatoria).

Además, esta figura casacional tiene carácter subsidiario respecto del recurso de casación ordinario y del que persigue la unificación de doctrina.

Son recurribles mediante este recurso las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo contencioso-administrativo, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, que no sean susceptibles de ninguna de las otras modalidades de recurso de casación, por las Administraciones Públicas legitimadas o por el Ministerio Fiscal, cuando estimaren gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada (artículo 100.1 LJCA).

Ostentan la legitimación activa: la Administración Pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto; las entidades o corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen un interés legítimo; el Ministerio Fiscal y la Administración General del Estado. En este último caso, no se exige un interés legítimo en el asunto, a diferencia de las demás Administraciones territoriales y corporativas, lo que da a entender

que ese interés se presume siempre en la Administración estatal, aunque no hubiera sido parte en el pleito de instancia, si considera inadecuada la doctrina sentada en la sentencia que recurre, en cuanto que la norma determinante del fallo y de cuya interpretación y aplicación discrepa es una norma emanada del Estado.

Pueden distinguirse dos tipos de recursos de casación en interés de la ley: el recurso del que conoce el Tribunal Supremo, en el que se debate la correcta interpretación y aplicación de normas estatales determinantes para el fallo (artículo 100 LJCA); y aquél que, siendo competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, versa sobre la interpretación y aplicación de normas emanadas de las Comunidades Autónomas (artículo 101 LJCA). No obstante, en este último caso, la sentencia resolutoria del recurso no fija la doctrina legal, pues ello sólo pueden hacerlo las sentencias que dicte el Tribunal Supremo. Simplemente, vinculará desde su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma a los Jueces de lo contencioso-administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia de que se trate.

La Ley prevé, de manera expresa la inadmisión del recurso de casación en interés de la Ley cuando resulta extemporáneo, por inobservancia del plazo de los tres meses, ordenando de plano su archivo (artículo 100.3 LJCA).

Hay, igualmente, otras causas de inadmisión susceptibles de ser apreciadas de plano: 1º) que el escrito de interposición no sea razonado; 2º) que en el escrito de interposición no se solicite que se fije doctrina legal; y 3º) que no se acompañe certificación de la sentencia recurrida o no se haga constar en ella la fecha de la notificación.

Existen otras posibles causas de inadmisión que no actúan de plano, sino que parece necesario que se proceda a oír al recurrente y al Ministerio Fiscal antes de dictar auto de inadmisión: 1º) que se interponga contra una resolución no recurrible, por ser susceptible de recurso de casación ordinario o para la unificación de doctrina; 2º) que se interponga el recurso por persona no legitimada, esto es, por alguna de las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 100.1 LJCA; 3º) que la doctrina legal postulada no verse sobre la correcta interpretación y aplicación de una norma del Estado; 4º) que la doctrina establecida en la sentencia recurrida no sea gravemente dañosa para los intereses generales; y 5º) que la doctrina establecida en la sentencia recurrida, de modo manifiesto, no sea errónea.

En este sentido, la STS de 27 de junio de 2001 señala que procede la inadmisión cuando no se hace por la parte recurrente un análisis de la intensidad con que la sentencia recurrida perjudica el interés general y tampoco se propone la concreta doctrina que se estima correcta.

Y también procede la inadmisión cuando se interesa un pronunciamiento incompatible con el mantenimiento de la situación jurídica particular creada por la resolución recurrida.

Posiblemente, una de las cuestiones importantes que se suscitan en torno a la inadmisión y, sobre todo, a la desestimación de los recursos de casación en interés de la ley es si puede hablarse de una doctrina legal establecida en sentido negativo, como consecuencia del fracaso de la doctrina propuesta como doctrina legal. Esto es, si se propone una determinada interpretación de la norma que no resulta acogida por el Tribunal Supremo, puede plantearse si ha de entenderse que la interpretación correcta, avalada por el Alto Tribunal, es la contraria o la seguida por la sentencia de instancia.

Sin embargo, la desestimación y, más aún, la inadmisión del recurso puede obedecer a distintas causas. De manera que, incluso siendo correcto el criterio interpretativo que se propone, no es elevado por la Sala del Tribunal Supremo a la consideración de doctrina legal, con la eficacia vinculante que resulta del artículo 100.7 LJCA, por motivos que afectan a la viabilidad procesal del recurso o por la escasa trascendencia del daño que para el interés público pueda resultar de la errónea resolución impugnada. El precepto mencionado es claro al señalar que la sentencia que se dicte, "cuando fuere estimatoria" fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el Boletín Oficial del Estado, y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional".

LAS CARTAS DE DERECHOS EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Por
AUGUSTO GONZÁLEZ ALONSO¹

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MODALIDADES DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. 2.1. Los derechos humanos. 2.2. Los derechos fundamentales. 3. CONSTITUCIONALISMO "MULTINIVEL": LAS CARTAS DE DERECHOS EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES. 4. CONFLICTOS DE DERECHOS MULTINIVEL. 5. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS POSITIVIZADOS. 6. LAS CARTAS ESTATUTARIAS DE DERECHOS FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD E IGUALDAD. 7. LAS CARTAS ESTATUTARIAS DE DERECHOS FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD. 8. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 9. EL ESTADO COOPERATIVO.

1. INTRODUCCIÓN

Los últimos procesos de iniciativa política para reformar los Estatutos de Autonomía de varias comunidades autónomas han vuelto a situar en primera línea la complejidad del escenario territorial español, el contagio de los hechos diferenciales a todas las Autonomías y la puesta al límite de los techos competenciales que pueden llegar a ostentar las comunidades autónomas españolas. Nuevos desafíos jurídicos están sobre la mesa, necesitados de un análisis detallado y cauteloso en ámbitos tan sensibles como la introducción de auténticos catálogos de derechos subjetivos en los Estatutos de Autonomía, la asunción de nuevos ámbitos materiales de competencias, el adelgazamiento de la Administración General del Estado en esos territorios autonómicos y la creación de un nuevo marco de relaciones entre los poderes del Estado representados en todas y cada una de las comunidades autónomas.

La introducción de declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas españolas tiene importantes repercusiones políticas y jurídicas. Desde el punto de vista político, porque dichas declaraciones de derechos dibujan un marco múltiple de relaciones de los ciudadanos de esas comunidades autónomas con sus Administraciones públicas, que son el principal instrumento

¹ Subdirector General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal. Ministerio de Justicia. Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado.

a disposición de los tres círculos concéntricos territoriales en los que se organiza el Estado español como un Estado complejo y ampliamente descentralizado. Las Administraciones permiten que los tres poderes del Estado operen (no en vano el Gobierno dirige la Administración civil y militar, *ex* artículo 97 CE), y que cada ente público de base territorial ejerza sus competencias. También enmarcan los límites y las posibilidades de relación con los demás conciudadanos, de modo que cada cual podrá ejercer aquellos derechos que no colisionen ilegítimamente con los de un tercero. Desde el punto de vista jurídico, las declaraciones de derechos obligan a instaurar unos mecanismos legales e instrumentales de protección y habilitan a sus titulares a exigir su cumplimiento a los poderes públicos otorgantes.

2. MODALIDADES DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Toda persona disfruta, hoy en día, del reconocimiento constitucional de dos modalidades fundamentales de derechos: aquellos que le corresponden por su condición de persona, por el mero hecho de serlo, y que son conocidos como derechos humanos o derechos fundamentales; y aquellos que le corresponden y que puede ejercitar por su dimensión política, por su integración en una sociedad, por ser miembro de la misma, por ser un ciudadano de la *civitas*.

2.1. Los derechos humanos

Los primeros son los denominados derechos humanos, de profundo raigambre en los sistemas constitucionales europeos, y que se nutren de los postulados de la Filosofía del Derecho y del Derecho Natural, cuyos máximos exponentes son Hegel², Hugo Grocio³ y Francisco Suárez⁴, entre otros grandes juristas.

Estos derechos, de los que goza una persona desde el momento en que nace como tal, no tienen que ser ejercitados, sino que se presupone su existencia, están ínsitos en la naturaleza humana, y forman parte inseparable de ésta. Esos derechos humanos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la integridad física y moral, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad, el derecho a la

² Hegel (Stuttgart, 1770-Berlín, 1831), filósofo alemán.

³ Hugo Grocio (Delft, 1583-Rostock, 1645), jurista, escritor y poeta holandés.

⁴ Francisco Suárez (Granada, 1548-Lisboa, 1617), teólogo, filósofo y jurista español.

seguridad, el derecho al honor, y el derecho a la intimidad personal y familiar, no precisan de un ejercicio concreto, están caracterizados por ser universales e inalienables. No hay que ejercitar un derecho a la vida ni a la integridad física o moral ni el derecho a la libertad, sino que son derechos que se autoejercen por la presencia del hombre en la vida, no es preciso un esfuerzo personal ni institucional para que dichos derechos deban ser reconocidos y ejercitados. Si todo ejercicio implica una acción concreta, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, la libertad de conciencia, no precisan de una acción concreta, son propias de los hombres por el mero hecho de serlo. Es cierto que no puede sostenerse que estos derechos sean, además de universales e inalienables, absolutos, porque en ocasiones pueden colisionar con otros derechos de la misma naturaleza.

Si se aprecia la evolución histórica de estos derechos, primero se hacía referencia a los derechos naturales, posteriormente se empezó a emplear la denominación de derechos humanos, sobre todo a partir de la *Bill of Rights* británica de 1689, de la Declaración de independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Finalmente, hoy en día son más conocidos como derechos fundamentales desde que se iniciaron los procesos de constitucionalización, es decir, cuando estos derechos se van incorporando a las constituciones de los Estados, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, si bien será interesante establecer una cierta matización entre los derechos humanos y los derechos fundamentales.

Los derechos humanos propiamente dichos tienen actualmente como texto normativo de referencia, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París (Francia). La Declaración Universal abarca toda la gama de derechos humanos en un total de 30 artículos. Según sus autores, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no crea esos derechos, sólo se limita a reconocerlos y a positivizarlos. Por ello, cuando los derechos humanos se positivizan en un ordenamiento jurídico concreto, pasan a denominarse derechos fundamentales.

2.2. Los derechos fundamentales

Ahora bien, los demás derechos de los que goza una persona por ser miembro de una sociedad, y que pretenden ordenar una convivencia, otorgar unos derechos que vayan más allá de su condición humana, sí precisan de un ejercicio, de un esfuerzo, de Derecho y de

hecho, para que sean reconocidos y ejercitados, respectivamente. Se trata de derechos que también pueden incluirse en la clasificación clásica de derechos fundamentales, pero que están en un estrato sensiblemente inferior a los conocidos como derechos humanos.

Es decir, que podríamos distinguir entre derechos humanos, derechos fundamentales y derechos ciudadanos. Los derechos humanos son los que se ostentan por el mero hecho de existir como tal persona, como se ha dicho. Algunas corrientes doctrinales los conciben como derechos humanos en sentido negativo, porque impiden o prohíben que el Estado los afecte o lesione de cualquier manera, establecen lo que el Gobierno no puede hacerle al individuo. Los derechos fundamentales son derechos que se entienden necesarios para que una persona pueda desarrollarse en toda su plenitud en la vida y en la sociedad, y que, siguiendo esa misma línea doctrinal, algunos autores han denominado "derechos humanos sociales", es decir, derechos humanos en sentido positivo que obligan a los poderes públicos a hacer o prestar algo. Esos derechos fundamentales son —como se ha dicho— derechos humanos positivizados, concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto.

Los últimos derechos, los derechos ciudadanos, que podrían calificarse en nuestra Constitución como libertades públicas, son aquellos derechos que se reconocen en los textos fundamentales para desarrollarse en el seno de una sociedad, estableciendo las prerrogativas y los límites frente a las demás personas a las que también se les reconoce.

¿Y cuándo se convierten los derechos humanos o los derechos fundamentales en derechos subjetivos? Pues cuando los derechos fundamentales se dotan de la estructura normativa propia de un derecho subjetivo, es decir, cuando se concreta un titular del derecho, su contenido (dentro del cual se encuentran unas facultades) y un sujeto pasivo o destinatario, que será aquél obligado a hacer o no hacer alguna cosa, es decir, cuando un sistema jurídico faculta al sujeto activo para que haga, exija o impida algo, en relación con un sujeto pasivo, el cual queda obligado a corresponder la acción, exigencia o impedimento del primero, de modo que se convierte en sujeto de un deber jurídico.

Sobre los derechos fundamentales, el TC entendió³ que son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuantos derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de existencia. Por tanto, los derechos fundamentales son derechos que se reconocen por la

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981.

estructura de la organización de un Estado y por la forma que éste adopta, mucho más allá que por el carácter de ciudadano que tiene toda persona.

3. CONSTITUCIONALISMO "MULTINIVEL": LAS CARTAS DE DERECHOS EN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

En esta materia de los derechos humanos y fundamentales el estudio se enfrenta a un constitucionalismo multinivel⁴, es decir, ante un gran número de cartas fundamentales, de normas constitucionales, que garantizan y protegen esos derechos a los que se ha hecho referencia. En primer lugar, habría que referirse a las declaraciones de derechos de los organismos internacionales de los que España forma parte, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa o la Unión Europea. Cada uno de estos organismos cuenta con sus propias declaraciones de derechos fundamentales y de libertades públicas, que son más derechos humanos y fundamentales que derechos ciudadanos o libertades públicas según se va descendiendo en el ámbito territorial de formulación y aplicación. Así, como se ha dicho antes, la Organización de las Naciones Unidas cuenta con su propia Declaración Universal de Derechos Humanos. Habría que continuar con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos hechos en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, también propiciados por la ONU y ratificados por España en 1977. También es preciso mencionar el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España en 1979. Este Convenio, como puede deducirse de su título, se refiere a derechos humanos y libertades fundamentales, pero no se está refiriendo a libertades públicas, a derechos ciudadanos, aunque puede sostenerse hoy en día, en un mundo globalizado y multipolar, que cada persona es ciudadana del mundo y ciudadana de su propio país.

Para la protección de estos derechos humanos se han creado instrumentos jurídicos y órganos de alcance jurisdiccional que aseguran un paso más allá a ser meras declaraciones programáticas, que es su protección efectiva ante cualquier violación de los mismos. Es el caso

⁴ Expresión acuñada por I. Bernice.

del Tribunal Penal Internacional⁷, y en el caso del Consejo de Europa, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, jurisdicción a la que se someten los Estados miembros, y a la que pueden acudir sus nacionales una vez que se han agotado las vías jurisdiccionales internas. En nuestro país, de acuerdo con los artículos 10 y 96 de la Constitución Española, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo se incorpora al Derecho español y sirve a los tribunales nacionales para interpretar nuestro derecho interno en el ámbito de los derechos fundamentales.

Sobre el alcance jurídico de los tratados internacionales, el Tribunal Constitucional entiende⁸ que los mismos no son un canon o un parámetro de constitucionalidad de los derechos, sino que son un elemento más de interpretación de los derechos proclamados constitucionalmente.

El último escalón de alcance internacional lo constituye la Unión Europea, cuyos Tratados constitutivos y sus modificaciones posteriores han recogido un catálogo de derechos que reproducen de nuevo algunos derechos fundamentales de textos de organizaciones internacionales, pero que también crean y reconocen derechos específicos para los ciudadanos comunitarios, por ser miembros de una Comunidad de Estados europeos, creando lo que se conoce como "ciudadanía de la Unión".

Ese constitucionalismo multinivel finaliza con la Constitución Española de 1978, cuyo título I consagra los derechos y deberes fundamentales y, especialmente, con el capítulo II que se refiere a los derechos y deberes, dividido en una sección primera de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y de una sección segunda de los derechos y deberes de los ciudadanos.

No ha acabado aquí la mirada de catálogos de derechos que se reconocen a los ciudadanos en la actualidad. Aunque no puedan calificarse como constituciones en sentido estricto, ni por tanto pueda decirse que formen parte de ese concepto de constitucionalismo multinivel, es preciso reconocer que los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas españolas se inspiran en el proceso

⁷ Establecida en una Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas celebrada el 17 de julio de 1998. Tras ser ratificada por 60 Estados, entró en vigor su Estatuto el 1 de julio de 2002. Tiene su sede en La Haya (Países Bajos) y se configura como un Tribunal de Justicia internacional permanente cuya misión es juzgar a las personas que han cometido crímenes de genocidio, de guerra, y de lesa humanidad como la esclavitud, el apartheid, el exterminio, los asesinatos, las desapariciones forzadas, las torturas, los secuestros y el delito de agresión, entre otros.

⁸ STC 99/2004, de 27 de mayo, y STC 110/2007, de 10 de mayo.

de aprobación de la Constitución, y por tanto, cuentan con una estructura y un proceso de génesis muy semejante al de las Constituciones⁹.

Se puede hablar de auténticas cartas de derechos de las personas y de los ciudadanos en los Estatutos de Autonomía cuando aquéllas cumplen tres condiciones básicas: la positivización de dicho catálogo, la instauración o previsión de un sistema de protección jurisdiccional frente a las violaciones de los mismos y, en directa conexión con ello, la existencia de un recurso individual contra dichas vulneraciones de derechos.

Estas declaraciones de derechos se encontraban en los Estatutos de Autonomía antes de los procesos de modificación estatutaria emprendidos con los Pactos autonómicos de 1981, de 1992 y de la última VIII Legislatura (2004-2008). De esta última etapa alumbraron los respectivos títulos de derechos y deberes de los Estatutos de Autonomía de Cataluña (aprobado por *Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*) y el del Estatuto de Autonomía de Andalucía (aprobado por *Ley Orgánica 2/2007, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía*). También es el caso de los Estatutos de Autonomía de Valencia¹⁰, Aragón¹¹, Illes Balears¹² y de Castilla y León¹³.

4. CONFLICTOS DE DERECHOS MULTIVINEL

Llegados a este punto, parece necesario entrar en materia exponiendo que, dada la multiplicidad de cartas de derechos que pueden reconocerse a una persona, las declaraciones de los mismos podrían incurrir en contradicción entre unos textos constitucionales y otros. Si ello sucediese, cabría preguntarse: ¿qué interpretación prevalece? Pues bien, si el conflicto surge entre una norma relativa a un derecho fundamental o una libertad que reconocen textos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Tratados

⁹ Hay que recordar que, en otros países, sus entes territoriales inferiores sí cuentan con auténticas constituciones, como es el caso de los Länder en Alemania o de los cantones suizos en la Confederación Helvética.

¹⁰ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

¹¹ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

¹² Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

¹³ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

y Acuerdos internaciones ratificados por España, y los reconocidos en el título I de la Constitución de 1978, se resuelven mediante la regla que parece ínsita en el apartado 2 del artículo 10 de nuestra norma fundamental, es decir, que habrán de interpretarse siempre de conformidad con esas Declaraciones internaciones, es decir, que existe una posición de supremacía de esas disposiciones de derechos internaciones. Ello, trasladado a un plano semejante de conflicto entre las declaraciones de derechos de la Constitución y de los distintos Estatutos de Autonomía conduciría a una solución semejante, es decir, que deben prevalecer los derechos reconocidos en nuestra Carta Magna, por ser derechos que forman parte de la estructura política y territorial de nuestro Estado, que ha querido el pueblo español depositario de la soberanía nacional. Parece que la mayor o menor extensión de esos derechos fundamentales, es decir, el alcance de los mismos y los límites que deben observarse, están restringidos por la visión que de los mismos tenga la Constitución. Ello conduce a interpretar que existe una primacía incondicionada de los derechos de la Constitución frente a los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía.

No obstante, otras corrientes doctrinales consideran no ya que el principio de jerarquía, sino que el juego de la supremacía no rige en las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas, como tampoco rige en las relaciones entre las organizaciones internaciones y los Estados. Es cierto que, de manera progresiva, el principio de jerarquía se ha ido sustituyendo en todos los ordenamientos jurídicos modernos, como una consecuencia necesaria de la potencialidad de los sistemas democráticos, por otros principios como los de coordinación o cooperación, en los que ninguna de las dos partes a relacionar actúan en una posición jerárquica de superioridad y de estricta obediencia respecto a otros entes territorialmente superiores. Una suerte de supremacía cada vez más borrosa impregna las relaciones entre entes territoriales u organizaciones multinivel, de modo que los legisladores y los intérpretes de las normas se ven abocados a un ejercicio, en ocasiones imposible, de integración de todas las interpretaciones imaginables para la solución de un conflicto jurídico.

5. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS POSITIVIZADOS

Resulta obvio, pero es necesario tener presente que, si el mundo evoluciona y está sujeto a unos cambios constantes, también pueden evolucionar los derechos que deben reconocerse a los ciudadanos para adaptarse engrasadamente en esa nueva sociedad. Esto significa

que nuestra Constitución ha reconocido derechos que las cartas constitucionales anteriores, al menos desde 1812, no previeron, porque el escenario social, económico, político y cultural eran completamente distintos a los de la España del siglo XXI.

No obstante, podríamos afirmar que hay una categoría de derechos intocables, inmutables, inalienables, que son aquellos derechos humanos a los que se hizo referencia al principio de este artículo, y que son intemporales, no mutan con el cambio de las sociedades y del tiempo en que se aplican, siempre, claro está, que sean derechos que se reconocen a los humanos. No es un brindis a la ciencia-ficción, pero no cabría descartar la posibilidad de que en un futuro no sea preciso establecer una tabla de derechos para otras formas de vida compleja o desconocida, o incluso para posibles humanoides o robots que sustituirían el papel humano en muchos ámbitos de la vida.

En cualquier caso, la necesidad de actualizar dichos derechos se torna imprescindible, articulando herramientas eficaces para adaptarlos con procedimientos más ágiles y más sencillos que los de la reforma del título I de la Constitución que, como bien es sabido, cuando afecta al capítulo II, sección primera, del título I, o al título II, al título preliminar o a una revisión total de dicha norma, exige un procedimiento extremadamente riguroso y complejo con un juego de mayorías y de procedimiento que convierten a nuestra Constitución en uno de los textos más rígidos del panorama comunitario (*ex* artículos 166 a 169 CE). Es por ello por lo que algunos autores sostienen que la introducción de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía simplifica de manera notable el proceso de actualización de dichos derechos, evitando la petrificación e inmutabilidad de los derechos reconocidos en los textos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a que hacen referencia los artículos 15 a 29 CE.

Aún cuando hay que reconocer que los procesos de revisión estatutaria son también complejos, sin duda el procedimiento es considerablemente más sencillo que el de una reforma constitucional, toda vez que, al menos, no es preciso la disolución inmediata de las Cortes Generales y la constitución de un nuevo Parlamento que ratifique la decisión y proceda al estudio del nuevo texto constitucional, que se someta a una nueva mayoría cualificada y agravada para su aprobación, así como a un referéndum nacional (*ex* artículo 168 CE). Como se sabe, la reforma de los Estatutos de Autonomía debe ajustarse al procedimiento establecido en los mismos, requiriendo, en todo caso, aprobación por las Cortes Generales mediante ley orgánica (*ex* artículo 147.3 CE), lo que hace que las normas estatutarias tengan un procedimiento de revisión, con todas las salvedades que prevean cada

una de ellas, más sencilla que la reforma constitucional. A favor de esta tesis podría argumentarse también que, al reformar un Estatuto de Autonomía para introducir una carta de derechos de sus ciudadanos, actualizándola a la nueva realidad social en la que se impondrá, toda vez que dicho Estatuto es una norma estatal, una ley orgánica aprobada por las Cortes Generales, resulta al final del proceso barnizada por ese sacrosanto principio soberano del que éstas son depositarias por la libre voluntad del pueblo español cuando ratificó la Constitución Española en referéndum el 6 de diciembre de 1978.

La posición originariamente sostenida por el TC en relación con la codificación por parte de las comunidades autónomas de unos derechos de sus ciudadanos reflejaba ciertas reticencias, puesto que, al principio, los Estatutos de Autonomía remitían en bloque al catálogo de derechos constitucionales, y en ese sentido, la doctrina constitucional¹⁴ caracterizaba los derechos de la Constitución como unos elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, entendiendo que constituían un estatus jurídico constitucional unitario para todos los españoles, que eran un elemento esencial de la unidad política y —esto quizá sea lo más relevante— que no se encuentran afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado.

6. LAS CARTAS ESTATUTARIAS DE DERECHOS FRENTE A LOS PRINCIPIOS DE SOLIDARIDAD E IGUALDAD

El TC ha venido afirmando reiteradamente que el principio de solidaridad complementa e integra los principios de unidad y de autonomía previstos en el artículo 2 CE. Efectivamente, entre el principio de unidad consagrado en dicho precepto, que hace a la nación española "indisoluble", "una patria común" y "una patria indivisible", y frente al principio de autonomía (que, si bien no puede ser entendida como soberanía, significa el reconocimiento de una concepción compleja del Estado formado por una pluralidad de organizaciones de carácter territorial), el principio de solidaridad es una regla, un precepto no sólo programático¹⁵, sino que es un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la insoluble unidad de la nación española¹⁶.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1981, de 14 de julio.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1992, de 16 de octubre.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 135/1992, de 5 de octubre.

Bien es verdad que el principio de autonomía que se reconoce en el artículo 2 de nuestra Constitución es un principio que se reconoce a las nacionalidades y regiones, lo que significa que se trata de una autonomía amplia, de un principio programático, configurador del Estado en su conjunto, y que sólo encuentra sentido cuando se relaciona con los otros dos principios esenciales del meritado artículo 2 del título preliminar: el principio de unidad y el principio de solidaridad. Podrá observarse que el principio de autonomía que se reconoce en el artículo 137 CE a las comunidades autónomas es distinto, se trata del reconocimiento de la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (*ex* artículo 137 CE), es decir, que se trata de una autonomía que se otorga a esos entes territoriales para satisfacer sus intereses respectivos, lo que parece situarlo en una posición inferior al de la autonomía que se consagra en el artículo 2. La autonomía del artículo 137 es la necesaria para la organización territorial del Estado, y tiene todo su sentido para el acceso a la autonomía, para la asunción de competencias y para la distribución de éstas entre el Estado y las comunidades autónomas. Es decir, parece que el principio de autonomía del artículo 137 CE afina el concepto del mismo que el artículo 2 consagra, relacionándolo específicamente con un ámbito material.

La misma reflexión podría hacerse respecto al principio de solidaridad que perfila el artículo 138 CE frente al mismo principio que el artículo 2 CE reconoce entre todas las nacionalidades. El principio de solidaridad del artículo 138 CE está notablemente más definido puesto que tiene relación directa con la esfera económica y social, lo que finalmente conducirá, entre otras técnicas concretas de ejercicio de este principio, al Fondo de Compensación Interterritorial (FCI) cuya puerta abre el artículo 138 CE para dirigirse al artículo 158.2 de la misma.

En consecuencia, y según la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre, el principio de solidaridad se refleja como un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y la prohibición entre éstas de privilegios económicos o sociales, requiriendo que, en el ejercicio de sus competencias, se abstengan de adoptar decisiones o de realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y tengan en cuenta, por el contrario, la comunidad de intereses que las vinculan entre sí. De nuevo, el Alto Tribunal vincula un principio constitucional como el de solidaridad con un ámbito material de competencias que pueden ejercer las comunidades autónomas.

Atendiendo al contenido de este principio, podría concluirse que ser solidario no impide ser distinto, sino que, precisamente, el término solidaridad está reconociendo de manera implícita que hay un elemento que distingue a unas personas físicas o jurídicas de otras, y que si esos

elementos diferenciadores sitúan a esas personas en planos de notable desequilibrio en derechos económicos o sociales es cuando entra en juego la solidaridad para que la persona privilegiada aporte una parte de sus privilegios o de sus recursos para reducir esa diferencia.

El principio de solidaridad es un límite al poderoso despliegue de poderes que permite una competencia tan contundente y de tanto peso específico como la autonomía. Ésta tiene, por tanto, dos límites: uno, el de la unidad, que es donde la autonomía adquiere su verdadero carácter, y que abarca tanto la unidad política de la Nación como la unidad de mercado a que se refiere el artículo 139.2 CE (por cierto, uno de los postulados básicos del Derecho Comunitario europeo) y sin la cual aquélla no alcanza su verdadero significado (por tanto, soy autónomo y puedo hacer todo aquello que pretenda sin atacar la unidad de la Nación); y, dos, el de la solidaridad, de modo que mi autonomía, aunque en principio conceptualmente podría desplegarse en el más amplio sentido y sin tener en cuenta los intereses y los derechos de los demás, sin embargo no es posible porque ha de hacerse dentro de los intereses y competencias de la nación española, representada por la unidad del Estado en su conjunto y por la evitación de privilegios que quiebren ostentosamente el principio de unidad.

Podría concluirse que el principio de autonomía juega en nuestra Constitución en sentido negativo, es decir, que las comunidades y regiones pueden hacer todo aquello que no les está prohibido. ¿Y qué es lo que les está prohibido?, pues todo aquello que lesiona la unidad de la nación española. La solidaridad no entra en juego en este momento, sino *a posteriori*, cuando una nacionalidad o una región ya ha ejercido sus competencias y ha quebrado la unidad de la nación o la igualdad en derechos y obligaciones que deben tener todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado, conforme al artículo 139 CE.

7. LAS CARTAS ESTATUTARIAS DE DERECHOS FRENTE AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Hay que comenzar mencionando que son varios los artículos de la Constitución Española que se refieren a la igualdad. En primer lugar, el artículo 1, que lo consagra como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico. El principio de igualdad a que se refiere dicho precepto ha venido siendo entendido por la doctrina constitucional como la igualdad en la dimensión política.

El segundo precepto que menciona la igualdad es el artículo 9.2 CE cuando dispone que corresponde a los poderes públicos promover las

condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Es un principio que tiene relación directa con las facultades y potestades de las Administraciones públicas y que vincula a éstas, exigiéndolas actuar.

Continúa el artículo 14 CE mencionando la igualdad de los españoles ante la ley, lo que ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del TC, entendiéndose que a supuestos de hecho iguales deben aplicarse consecuencias iguales, y que las diferencias de trato necesitan estar adecuadamente justificadas y motivadas por parte de los poderes públicos. El artículo 14 CE es, según la doctrina constitucional¹⁷, una igualdad que no es medida de validez de las normas autonómicas, sino que sólo puede entenderse como la igualdad de los españoles en la ley y ante la ley.

El artículo 149.1.1º CE también regula la igualdad, atribuyendo al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Este precepto ha sido interpretado por el TC entendiéndose que no entra en juego en la lógica de las competencias compartidas, es decir, aquellas que otorgan la legislación básica al Estado y el desarrollo a las comunidades autónomas, sino que se entiende que es un título de funcionalidad horizontal o transversal, es decir, que puede imponerse sobre otros títulos materiales específicos. Condiciones básicas no es normativa básica, como se señala en otros apartados del artículo 149.1 CE. En cualquier caso, la interpretación de este apartado 1º del artículo 149.1 CE todavía dista de ser pacífica y de mantener un criterio uniforme en la doctrina constitucional.

Desde el punto de vista de las competencias de las comunidades autónomas, el principio de igualdad no puede implicar necesariamente la uniformidad de las posiciones jurídicas de los ciudadanos en todo el territorio nacional. El TC ya entendió¹⁸ que *“la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto de la nación no puede ser entendido como rigurosa uniformidad del ordenamiento. No es, en definitiva, la igualdad de derechos de las comunidades autónomas lo que garantiza la igualdad de derechos de los ciudadanos, sino que es la necesidad de garantizar la igualdad en el ejercicio de tales derechos lo que, mediante la fijación de unas comunes condiciones básicas, impone un límite a la diversidad de las posiciones jurídicas de las comunidades autónomas”*.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 319/1993, de 27 de octubre.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto.

En realidad, el principio de autonomía política de que gozan las comunidades autónomas permite diferencias entre éstas. De hecho, son perfectamente posibles las diferencias entre los Estatutos de Autonomía, puesto que así lo consagra el artículo 138.2 de nuestro texto fundamental, si bien es cierto que, a renglón seguido, exige que dichas diferencias no impliquen privilegios económicos o sociales, lo que, como se ha dicho, supone que la armonía entre el principio de autonomía que permite esas diferencias estatutarias, y el de unidad que impide privilegios económicos o sociales, queda engrasada con el principio de solidaridad ya comentado.

Por tanto, el principio de igualdad que opera en la esfera política a que se refiere el artículo 2 CE no es el mismo principio de igualdad al que se refieren el resto de preceptos constitucionales, como es la igualdad formal que se deduce del artículo 14 CE, la igualdad material del artículo 9.2 CE, o la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio del Estado que menciona el artículo 139 CE.

En relación con dicho artículo 139 CE, el TC ha entendido¹⁹ que es posible la distinta posición jurídica de los ciudadanos en distintas partes del territorio nacional, diversidad que, en todo caso, se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las comunidades autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales, que quedan reservadas a la legislación del Estado (ex artículos 53 y 149.1.1ª CE).

La doctrina constitucional también ha mantenido²⁰ que, del ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas se pueden derivar desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de ellas, y que ello no supone infringir los artículos 1, 9.2, 14, 139 y 149.1.1ª CE, ya *"que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales"*.

En consecuencia, parece que las comunidades autónomas podrían, en el ejercicio de sus competencias, consagrar distintas posiciones jurídicas de los ciudadanos residentes en su territorio, siempre que

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo.

queden salvaguardadas unas condiciones básicas para el ejercicio de sus derechos, condiciones básicas que no sólo derivan de la articulación de los derechos y libertades que realiza el capítulo II del título I del texto constitucional, sino del artículo 81 CE, que exige que aquellas leyes que desarrollen los derechos fundamentales y las libertades públicas sean leyes orgánicas, leyes de un especial contenido material y que requieran un juego de mayorías especialmente agravado (ex artículo 81.2 CE). Es comúnmente aceptado que los derechos fundamentales y las libertades públicas que exigen una norma orgánica han de ser aquellos que se refieran a un contenido esencial de esos derechos, y no que se refieran a su ejercicio o a aspectos accesorios, de modo que la doctrina del TC acuña un criterio restrictivo cuando entiende que esa expresión se refiere sólo a los preceptos incluidos en la sección primera del capítulo II del título I de la CE (artículos 15 a 29 CE), además de que la expresión "desarrollo" es entendida por la doctrina constitucional en un sentido igualmente restrictivo, que exige que se haga un desarrollo frontal y directo de esos preceptos, no bastando una mera afección o incidencia indirecta.

Por lo tanto, quedaría dentro de las posibilidades normativas de las comunidades autónomas la regulación de derechos y libertades reconocidos en el capítulo II de la CE, en virtud del artículo 53.1 CE, que exige ley ordinaria, y no ley orgánica, para regular el ejercicio de tales derechos y libertades. Esa ley ordinaria debe respetar el contenido esencial de los mismos, que previamente habrá establecido el Estado en virtud del artículo 149.1.1ª CE o en virtud del artículo 81.1 CE, utilizando una norma con rango orgánico. En este sentido, cabe recordar que han existido dos grandes corrientes doctrinales de interpretación del artículo 53 CE, si bien la que parece encajar dentro de la que se pretende explicar en este artículo es que es posible distinguir entre el contenido esencial de un derecho y el ejercicio del mismo. El contenido esencial de un derecho sería el núcleo o médula de los derechos subjetivos, es aquella parte absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril). Frente a esa teoría, existe una segunda posición doctrinal que entiende que, dentro del contenido esencial de un derecho subjetivo, se incluyen las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro. Por tanto, podremos concluir que las comunidades autónomas pueden, efectivamente, regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II de la Constitución mediante normas con rango de ley,

siempre que se respeten esas condiciones básicas establecidas, bien por la Constitución, bien por el Estado, mediante normas generalmente de rango orgánicas.

Sobre el artículo 53.1 CE, la doctrina constitucional más asentada²¹ ha venido a reconocer que la reserva de ley *ex* artículo 53.1 CE no se identifica necesariamente con la ley emanada de los órganos generales del Estado. "Si toda ley que regula el ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.1 de la Constitución debiera ser ley del Estado, carecería de todo sentido, en efecto, que el artículo 149.1, 1ª reservase a la competencia exclusiva del Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales". Una interpretación amplia de ley en el sentido de ser emanada de los órganos del Estado podría vaciar muchas de las competencias legislativas atribuidas a las comunidades autónomas, porque existen muchas materias cuya regulación legal ha de incidir directa o indirectamente sobre el ejercicio de los derechos o el cumplimiento de deberes constitucionales.

Si el artículo 138.2 CE permite diferencias entre los Estatutos de Autonomía de las comunidades autónomas, habrá que entender que esas diferencias pueden referirse también, en relación con lo comentado hasta ahora, a diferencias en las posiciones jurídicas y los derechos subjetivos de los ciudadanos de dichas Autonomías. Esto supone que parezca perfectamente posible que los Estatutos de Autonomía puedan, por ello, recoger cartas de derechos sujetos a los límites derivados de los principios de unidad y de solidaridad cuando los derechos que se reconocen son tan privilegiados que alteran las condiciones esenciales o básicas de los mismos, debiendo acudir en ese caso a la instrumentación de los mecanismos necesarios para que entre en juego ese último principio. Así, se ha regulado el ejercicio de algunos derechos, de tal modo que se han visto alteradas las condiciones esenciales o básicas, o se ha podido quebrar la igualdad de derechos y obligaciones que prevé el artículo 139 CE, igualdad entendida en un sentido esencial, en un ámbito nuclear indisponible por las comunidades autónomas. Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de privilegios económicos o sociales exorbitantes que afectan o tienen repercusión en otros ámbitos territoriales de la Nación.

En todo caso, hay que reconocer que diferencias de derechos en los distintos territorios de España los ha habido siempre, y así han sido consagrados en los Derechos forales, en los que se pueden apreciar

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre.

diferencias en los derechos de los ciudadanos del territorio que goza de normas forales frente a los ciudadanos del resto del territorio nacional.

En todo ello juega un papel especial el principio dispositivo que la Constitución Española atribuye a los Estatutos de Autonomía en el sistema territorial de distribución del poder político, porque son las normas a través de las cuales opera el principio dispositivo que da auténtico contenido al principio de autonomía. Ese principio dispositivo, según la doctrina constitucional²², otorga un importante margen de decisión al legislador estatutario, pues depende de su determinación elaborar y aprobar el Estatuto en un sentido o en otro e, incluso, la creación de la propia Comunidad Autónoma.

8. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Para comenzar, es preciso considerar las características fundamentales que la doctrina constitucional ha entendido que deben concurrir los Estatutos de Autonomía. En primer lugar, el carácter paccionado de los mismos, ya que en ellos confluyen distintas voluntades en el procedimiento de elaboración, "rasgo que es todavía más nítido en las sucesivas reformas de un Estatuto que en su aprobación inicial" (Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre), procesos de modificación que se han impulsado en la VIII Legislatura, y más concretamente, a lo largo del año 2007, en el que se han probado hasta seis leyes orgánicas de reforma de sendas normas estatutarias. La segunda característica es que, conforme al artículo 147.1 CE, los Estatutos son la norma institucional básica de cada comunidad autónoma. Y, como consecuencia de ello, los Estatutos también se integran en el ordenamiento jurídico del Estado, razón por la que éstos son entendidos como integrantes del bloque de constitucionalidad. La tercera característica es la rigidez para la modificación de los Estatutos, semejante aunque no comparable a la petrificación para modificar la Constitución Española.

En relación con el contenido de los Estatutos de Autonomía, la doctrina constitucional²³ ha entendido que si la Constitución ha considerado adecuado al principio democrático que sea el legislador orgánico y no el legislador ordinario el que deba regular, dentro de unos criterios estrictos, ciertos aspectos centrales, como por ejemplo

²² Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre.

el desarrollo de los derechos fundamentales, los Estatutos de Autonomía también podrán establecer aspectos centrales o nucleares de las instituciones que regulen y de las competencias que les atribuyan los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden, pues no debe olvidarse que el Estatuto, aprobado como ley orgánica, también es obra de un legislador democrático.

A diferencia de esta interpretación, en el presente artículo se ha venido defendiendo el distinto ámbito material de las leyes orgánicas y de los Estatutos de Autonomía, ámbito material que si el constituyente lo hubiese querido, lo hubiese expresado así en los artículos 81 y 147 de la norma fundamental. Parece que sólo al Estado, y esencialmente de acuerdo con una ley orgánica, puede desarrollar el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Ninguna mención semejante se encuentra en el artículo 147.2 CE, que se refiere al contenido de los Estatutos de Autonomía, incluyendo la denominación de la Comunidad, la delimitación de su territorio, la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias, las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. No existe ninguna mención al desarrollo de los derechos fundamentales, ni siquiera a la regulación de su ejercicio. Ahora bien, a lo largo de estas líneas también se ha defendido que las comunidades autónomas pueden regular el ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, no en base al artículo 147.2 CE, sino de acuerdo con la interpretación del artículo 53.1 CE, que no implica necesariamente que las leyes que regulen el ejercicio de tales derechos y libertades previstos en el capítulo II del título I tengan que ser leyes estatales.

El Tribunal Constitucional ha admitido que las comunidades autónomas pueden recoger una carta de derechos de los ciudadanos, pero su construcción doctrinal emplea como punto de partida el artículo 147.2 d) CE, ligándolo necesariamente a las competencias que hayan asumido las comunidades autónomas en sus Estatutos, y al ejercicio que aquéllas hagan de éstas, que necesariamente implica el reconocimiento de ciertos derechos.

Sin embargo, es posible otra interpretación más interesante a los efectos que se sostienen en este ensayo jurídico respecto al contenido constitucionalmente legítimo de los Estatutos de Autonomía. La Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, sostiene que ese contenido lícito de un Estatuto de Autonomía está previsto en la Constitución de dos maneras: mediante disposiciones que contienen previsiones específicas al respecto, y a través de las cláusulas más generales contenidas en el artículo 147 CE. El Alto Tribunal concluye

que es posible sostener la legitimidad de un contenido estatutario configurado dentro de los términos de la Constitución, siempre que esté conectado con las especiales previsiones constitucionales. Es decir, existen otros preceptos constitucionales que prevén que los Estatutos de Autonomía regulen determinados aspectos ajenos a los incluidos en el artículo 147.2 CE (así, los artículos 3.2, 4.2, 69.5, 145.2, 149.1, 29^a, 152.1, 152.3 y 156.2 y disposiciones adicionales 1^a y 4^a CE), por lo que el contenido estatutario expresamente previsto por la Constitución excede de los términos literales del artículo 147.2, siendo posible otro contenido a partir de su concepción como norma institucional básica. Basándose en todo momento en otros pronunciamientos constitucionales anteriores²⁴, que sostenían que las comunidades autónomas son iguales en cuanto a su subordinación al orden constitucional, en cuanto a los principios de su representación en el Senado, en cuanto a su legitimación ante el TC, o en cuanto a que las diferencias entre los distintos Estatutos no pueden implicar privilegios económicos o sociales, sin embargo, pueden ser desiguales en lo que respecta al procedimiento de acceso a la autonomía y a la determinación concreta del contenido autonómico, es decir, de su Estatuto y, por tanto, en cuanto a su complejo competencial. Por ese motivo, basándose en dichos pronunciamientos anteriores, el TC sostiene en la reciente sentencia 247/2007 que los Estatutos de Autonomía *"pueden incluir con normalidad en su contenido no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional, sino también otras cuestiones derivadas de las previsiones del artículo 147 CE relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a la relación de dichos poderes e instituciones con los restantes poderes públicos estatales y autonómicos, de un lado, y con los ciudadanos, de otro. El principio dispositivo ofrece, así, un margen importante"*.

Pueden encontrarse numerosos pronunciamientos jurisdiccionales que inciden en que el artículo 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino que es interpretado como un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones de mayor o menor grado en las distintas comunidades autónomas según el tipo de derecho de que se trate y del reparto competencial en la materia: así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 341/2005, de 21 de diciembre, y 135/2006, de 29 de abril, permiten que la normativa autonómica, dentro de sus ámbitos competenciales propios, incida en la regulación y el régimen jurídico de ciertos derechos, respetando siempre las

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto.

determinaciones que puedan seguirse de las competencias estatales. También la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981, de 16 de noviembre, ha establecido que no puede entenderse el artículo 139 CE como *"una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos derechos y obligaciones [...]".* La estructura compuesta permite que pueda ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las comunidades autónomas no puede regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales, que quedan reservadas a la legislación del Estado". Por último, la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 26 de marzo, estableció que *"el principio constitucional de igualdad no impone a todas las comunidades autónomas las mismas competencias ni, menos aún, que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido o unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa, precisamente, la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejerce sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto. Y si, como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas comunidades autónomas, no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1, 1ª CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con una autonomía, sino a lo sumo, ... una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales"*.

En consecuencia, el TC entiende que el artículo 139.1 CE no contiene un principio que imponga una uniformidad absoluta de los derechos constitucionales propiamente dichos, y que las comunidades autónomas pueden establecer derechos que se diferencien del resto de ciudadanos del territorio nacional siempre que se respeten los dos límites ya mencionados: la igualdad en todo el territorio nacional del régimen de los derechos constitucionales en sentido estricto, es decir, la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles (Sentencia del Tribunal Constitucional 319/1993, de 27 de octubre), así como la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad *ex* artículo 149.1, 1ª CE. Por tanto, esos derechos que pueden reconocer las comunidades autónomas lo pueden hacer sus propias Asambleas legislativas o los Estatutos de Autonomía cuando regulan las competencias que se atribuyen las propias comunidades autónomas.

Sobre el artículo 149.1, 1ª, la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 recuerda que dicho artículo no habilita al Estado para regular el contenido normativo sustantivo de los derechos constitucionales, sino un aspecto diferente, el de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de esos derechos, condiciones básicas que permiten al Estado establecer una cierta homogeneidad en el ejercicio de tales derechos cuando fuere aconsejable para evitar una excesiva diversidad que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho de que se trate, razón por la que no puede invocarse en abstracto, como motivo de inconstitucionalidad, la vulneración del artículo 149.1, 1ª CE, sino que ha de aducirse en cada caso, como parámetro, la condición básica del ejercicio del derecho constitucional que se considera infringida (Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2003, de 17 de julio).

El TC realiza una interpretación que será comentada posteriormente, en relación con la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía puedan atribuir verdaderos derechos subjetivos a los ciudadanos. Así, distinguiendo el contenido esencial que recoge el artículo 147 CE y el contenido que de los Estatutos de Autonomía permiten otros preceptos constitucionales, el Alto Tribunal entiende que el amplio margen de configuración constitucionalmente previsto del que gozan los Estatutos permite que se puedan desprender de los mismos verdaderos derechos públicos subjetivos, incluso en supuestos en que la previsión estatutaria incide en derechos fundamentales en sentido estricto (Sentencia del Tribunal Constitucional 82/1986, 26 de junio, 4/1992, de 13 de enero, y 225/1998, de 25 de noviembre).

Sin embargo, fuera del resto de previsiones constitucionales respecto al contenido de los Estatutos de Autonomía, y ateniéndose estrictamente al contenido que prevé el artículo 147.2 CE, el TC entiende que se puede dar lugar a verdaderos derechos subjetivos cuando los Estatutos regulan la denominación, organización y sede de las instituciones autonómicas propias (*ex* artículo 147.2 c) CE), mientras que cuando los Estatutos recogen las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución (*ex* artículo 147.2 d) CE), no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos, es decir, que deben estar conectados necesariamente con una materia atribuida como competencia por el Estatuto, que "necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio de derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues solo entonces los consiguientes derechos subjetivos

de los ciudadanos". En definitiva, el TC parece dar un salto difícilmente comprensible entre el alcance que se puede derivar de recoger en los Estatutos de Autonomía unas reglas de organización y funcionamiento (como son las que se refieren a sus instituciones autónomas) en relación con las competencias que asumen en el marco de la Constitución. Es difícilmente comprensible dicho salto puesto que parece mucho más acotada la formulación que quiso el constituyente de la letra c) del artículo 147.2 que de la letra d) referida a las competencias, que sin duda parecen permitir un margen de creación de derechos subjetivos mucho más amplio que cuando se recogen prescripciones meramente organizativas o domésticas como son las que se refieren a la denominación, la organización y la sede de las instituciones autonómicas propias.

Por tanto, y de acuerdo con la tesis que se sostiene en el presente artículo, se ha de permitir que los Estatutos de Autonomía contengan un auténtico catálogo de derechos y deberes de los ciudadanos de su territorio en ejercicio de su autonomía y respetando los límites de la unidad y de la igualdad ya explicados, igualdad que se refiere a ese núcleo esencial de los derechos subjetivos, que sólo puede ser establecido por el Estado de conformidad con la interpretación que se ha explicado suficientemente de los artículos 53, 81 y 149.1, 1ª CE en relación con el artículo 139.1 CE.

Ese salto interpretativo que realiza el TC en relación con la posibilidad abierta al reconocimiento de derechos subjetivos para los ciudadanos en los apartados c) y d) del artículo 147.2 CE tampoco es compartido por alguno de los votos particulares emitidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, si bien algunos de esos magistrados discrepantes entienden que el error de la postura mayoritaria parte de entender que la existencia misma del derecho esté condicionada a una norma infraestatutaria que lo desarrolle posteriormente, ya que la sentencia entendía que la creación de esos derechos en base a las competencias que asumen las comunidades autónomas, en realidad sólo supone el establecimiento de unas directrices, mandatos u objetivos a los poderes públicos autonómicos. Y según esa interpretación del voto discrepante, la consagración de derechos de los ciudadanos en un Estatuto de Autonomía ya crea en sí mismo un derecho que no necesita de un posterior desarrollo infraestatutario. Yendo más allá, uno de los votos discrepantes entiende que la constitución de esos derechos subjetivos por normas estatutarias que gozan de un rango orgánico obligarán, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, al respeto de esos derechos no sólo por el legislador autonómico, sino por el legislador estatal, limitando la disponibilidad de éste último.

En este artículo se viene sosteniendo que los Estatutos de Autonomía pueden consagrar por sí mismos derechos subjetivos a favor de los ciudadanos de su territorio, sin necesidad de un desarrollo legislativo por las Cámaras autonómicas, y sin entender que esos derechos sólo establecen unas directrices dirigidas a los poderes públicos autonómicos, aunque esa posibilidad queda franca cuando así lo prevea el propio Estatuto y de conformidad con el artículo 53.1 CE. A diferencia de la interpretación del magistrado que interpuso uno de los votos particulares, en este artículo se sostiene que esa regulación estatutaria, aún gozando de un rango orgánico (de conformidad con el artículo 81 CE), no restringe la libertad y disponibilidad del legislador estatal en relación con esos derechos, por cuanto las condiciones básicas de los mismos ya están previstas constitucionalmente o bien han sido reguladas por él en uso de la facultad que le atribuye el artículo 149.1, 1ª CE, o bien lo han realizado las Cortes Generales de conformidad con el artículo 81 CE. Lo que se viene a decir es que las comunidades autónomas, en sus Estatutos de Autonomía, pueden regular el ejercicio de esos derechos subjetivos, y lo pueden hacer en sus propios Estatutos o mediante ley aprobada por sus Asambleas legislativas. El grado de limitación que tiene el Estado respecto a esa normativa es la misma que tiene respecto al resto de la normativa autonómica, en atención al ámbito material de competencias que ostentan cada uno de esos entes territoriales.

Otro de los votos particulares recogidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007 que se analiza en el presente artículo considera que los Estatutos de Autonomía no pueden recoger derechos subjetivos porque la propia Constitución sólo prevé dos posibilidades para que los Estatutos recojan dichos derechos: o bien por la regulación de las instituciones autónomas propias de la letra c) del artículo 147.2, o bien en otros preceptos constitucionales como el artículo 3.2 CE para las lenguas autonómicas. Fuera de esas dos vías, no caben —según esta teoría— derechos subjetivos en los Estatutos de Autonomía. A renglón seguido, el magistrado discrepante entiende que no parece razonable que, en un Estado unitario como es el español, y cuyo principio es un límite a la autonomía política de las comunidades autónomas, haya diferenciaciones no razonables o arbitrarias entre los ciudadanos a través de normas o leyes que son dictadas por el mismo legislador estatal, como sucede cuando se dictan leyes orgánicas que desarrollan los derechos fundamentales o las libertades públicas, o cuando se dicta un Estatuto de Autonomía, que también tiene rango orgánico.

Ahora bien, esta interpretación del voto discrepante, que relaciona necesariamente el rango orgánico de los Estatutos de Autonomía y del

resto de normas previstas en el artículo 81, con la posibilidad de reconocer derechos subjetivos a los ciudadanos de un territorio deja de lado la matización de que el ejercicio (no el desarrollo) de los derechos previstos en la sección segunda del capítulo II del título I de la Constitución Española, que se refiere a los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 30 a 38 CE) no precisaría de una ley orgánica, sino, conforme al artículo 53.1 CE, que sí recoge todos los derechos y libertades del capítulo II, podría hacerse mediante una ley ordinaria estatal o autonómica. Misma puntualización cabría hacer respecto a los principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo III del título I de la Constitución. En consecuencia, cabrían diferencias en los derechos subjetivos que se reconocen por un Estatuto de Autonomía, que tiene rango orgánico, y por una ley del Estado, si bien es cierto que ha de respetarse siempre ese contenido mínimo o esencial, que sólo puede ser previsto por el Estado mediante una norma propia, y todas aquellas normas autonómicas o del Estado que invadan ese contenido esencial serían atacables por un vicio de inconstitucionalidad por contravenir el artículo 149.1, 1ª CE y la interpretación ya comentada de los artículos 138 y 139 CE. Por tanto, cuando hay un conflicto entre dos normas del Estado, si son de distinto rango, la solución al conflicto la ofrece la aplicación al principio de jerarquía, y si son del mismo rango, habrá que atender a su ámbito material y, en último extremo, a los vicios de inconstitucionalidad.

En consecuencia, gran parte de los cinco votos particulares presentados a la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, reiteradamente mencionada, entienden que los Estatutos de Autonomía no pueden recoger una carta de derechos subjetivos en relación con las competencias que asumen esas comunidades autónomas en sus normas institucionales básicas, porque ello significaría no sólo que el Estatuto atribuye competencias a la autonomía, sino que las ejerce.

9. EL ESTADO COOPERATIVO

Algunos autores de la doctrina que defienden la inclusión de cartas de derechos de los ciudadanos en los Estatutos de Autonomía se basan en la teoría enunciada hace algún tiempo sobre el "Estado constitucional cooperativo", es decir, un Estado en el que no solamente participa el Central, sino también las comunidades autónomas con la asunción de poder público que se atribuye a sus instituciones, contribuyendo a un diálogo en relación con los espacios de libertad que consagran los textos constitucionales. En este sentido, se subrayan los preceptos de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de Andalucía

que establecen que todos los derechos y principios que están recogidos en el título correspondiente no suponen una distribución del régimen establecido de reparto de competencias ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes.

Esta lectura parece inspirada en las cartas de derechos fundamentales recogidas en los Länder alemanes y en los cantones suizos, si bien las diferencias de organización territorial entre estos Estados y el español son notables, por cuanto aquéllos son Estados federales, lo que no sucede en nuestra Constitución.

Profundizando en esta tesis, dichos autores de la doctrina entienden que, cuando se recogen catálogos de derechos en los Länder alemanes o en los cantones suizos, la distinta interpretación que puede surgir entre esas tablas de derechos y los reconocidos a la Federación es coordinada mediante dos vías: por un lado, previamente mediante la Asamblea Federal, que aprueba dichos derechos, y en segundo lugar, por el TC Federal que, de hecho, se ha convertido tanto en Alemania como en Suiza, en uno de los principales instrumentos que garantizan la eficacia de los derechos reconocidos en dichos Estados federales. Estas vías de solución, según dichos autores, pueden ser trasladadas al sistema constitucional español, entendiéndose que el TC puede enjuiciar los actos de las comunidades autónomas en función de los derechos que reconozcan los Estatutos de Autonomía, convirtiéndolo en intérprete de dichos derechos, entendiéndose que el marco de enjuiciamiento de las leyes dictadas para delimitar las competencias del Estado y de las comunidades autónomas (*ex* artículo 28 LOTC) incluye los títulos dedicados a derechos y al régimen de distribución de competencias, ligando necesariamente unos con otros.

Es cierto que parece posible que la inclusión de cartas de derechos en los Estatutos de Autonomía pueda generar diferencias interpretativas respecto a esos mismos derechos recogidos en la legislación del Estado o bien en otras normas autonómicas. Este conflicto se puede derivar de derechos que ya están previstos en algunos Estatutos de Autonomía, como el de Cataluña o el de Andalucía, como sucede, entre otros, con el derecho a vivir con dignidad la propia muerte, el régimen de protección de distintas modalidades de familia y todos los derechos que ello implica (que van mucho más allá del reconocimiento del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo consagrado en el Código Civil tras la última reforma por Ley 13/2005, de 1 de julio), o lo relativo a la salud reproductiva sexual.

Todavía, como se puede deducir, no se ha producido un auténtico conflicto entre los derechos reconocidos en unas normas estatutarias y otras y tampoco entre estas normas estatutarias y la Constitución Española. Se trata, desde luego, de auténticos derechos subjetivos que

van más allá de un estándar mínimo y de un mínimo común denominador de derechos reconocidos en el título I de nuestra Constitución, ya que afectan a un bien colectivo y a la libertad de otros titulares de derechos. En este sentido, la mayoría de los autores de esta corriente doctrinal entienden que los posibles conflictos que pudieran surgir y la relación entre los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía deberían interpretarse de forma integrada, a modo de relación entre la nonata carta de derechos de la Unión Europea en la Constitución Europea (que no fue ratificada en referéndum en Francia y Holanda en 2005, y cuyo proceso de aprobación ha quedado detenido) y los derechos nacionales de los Estados miembros.

Si bien hasta el momento en el que los Estatutos de Autonomía, tras las últimas reformas estatutarias, podrían ver cómo una disposición autonómica es declarada inconstitucional por el TC basándose, no en la vulneración de un derecho constitucional, sino en la ausencia de una competencia autonómica para que su legislación recogiese una dimensión más o menos amplia de una libertad, en un futuro parece que el TC deberá pronunciarse e ir más allá en relación con el contenido esencial y las condiciones básicas de los derechos, que son atribuidas al Estado por el artículo 149.1.1^o CE. Este precepto parece que deberá ser examinado en profundidad por el Alto Tribunal cuando se produzcan algunos conflictos de derechos entre las normas autonómicas y la Constitución Española.

Sirva como mero apunte, pero es interesante resaltar que esta clase de conflictos, en los Estados federales que se han enunciado como ejemplos, Alemania y Suiza, han sido resueltos mediante la interpretación de ese conflicto por parte de los propios Länder, siempre respetando un principio de concordancia y de corrección funcional en relación con las competencias de la Federación y del Länd. Algunos autores estiman que esto abriría la puerta a que fuesen, quizá, los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas los que interpretasen esos conflictos y contradicciones, reforzando el papel que el propio legislador pretende atribuir a estos órganos jurisdiccionales que culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las comunidades autónomas en la futura reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, retomándose un proyecto que ya se presentó en las Cortes Generales en la anterior legislatura y que decayó por falta de consenso parlamentario.

ASPECTOS JURÍDICOS, FINANCIEROS Y FISCALES DE LOS FONDOS DE PENSIONES: SU ANÁLISIS EN LA IMPOSICIÓN INDIRECTA

POR
JUAN CARLOS VÉRGEZ¹

Sumario: 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE PENSIONES. 2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN FINANCIERO DE LOS FONDOS DE PENSIONES. 3. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. 3.1. ¿Quedan sujetos los fondos de pensiones a la modalidad de operaciones societarias del impuesto? 3.1.1. Consideraciones generales. 3.1.2. Análisis de cada una de las operaciones declaradas exentas. 3.2. La tributación de los fondos de pensiones en el impuesto sobre actos jurídicos documentados. 3.3. La tributación de los fondos de pensiones en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas. 4. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO.

1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Como es sabido los fondos de pensiones constituyen patrimonios colectivos creados con la finalidad de instrumentar uno o varios planes de pensiones mediante la gestión profesionalizada de las aportaciones efectuadas por los promotores y partícipes así como de los rendimientos que la inversión de tales contribuciones produzcan.

Se afirma en la Exposición de Motivos del RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones (TRLRPF), al hilo de la naturaleza de estos fondos, que *"La configuración de los fondos de pensiones se sitúa en su modalidad genuina de fondos externos a las empresas o entidades que los promuevan, adoptando la naturaleza de patrimonios separados e independientes de éstas, carentes de personalidad jurídica e integrados por los recursos afectos a las finalidades predeterminadas en los planes de pensiones adscritos"*. Por su parte el art. 2 del citado TRLRPF define los fondos de pensiones como *"patrimonios creados al exclusivo objeto de dar cumplimiento a los Planes de Pensiones cuya gestión, custodia y control se realizará de acuerdo con la presente Ley"*. Y, en coherencia con su propia definición y naturaleza,

¹ Doctor en Derecho. Área de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de León.

añade a continuación el art. 11.1. *in fine* del citado Texto Refundido que "carecerán de personalidad jurídica y serán administrados y representados conforme a lo dispuesto en esta Ley".

Nótese por tanto como el legislador atribuye un claro carácter instrumental a estos fondos, que se hallan al servicio de los planes de pensiones. Y es que a través de los mismos se persigue, mediante el recurso al ahorro privado, generar el capital necesario para cubrir las prestaciones futuras, adquiriendo así un papel protagonista como operadores dentro del mercado de capitales.

Los fondos de pensiones constituyen pues una organización encaminada a gestionar el patrimonio afecto a los planes adscritos, quedando fundamentada su estructura en dos grandes pilares. En primer lugar, la titularidad de este patrimonio separado, externo e independiente de la entidad promotora corresponde a los partícipes y beneficiarios, configurándose como una especie de comunidad de carácter dinámico y no estático en la que predomina el aspecto de la *universitas rerum* sobre el elemento personal. Y, en segundo término, la masa patrimonial del fondo queda afectada a la consecución de una finalidad de previsión que justifica, además, la adhesión de los partícipes al plan.

La naturaleza jurídica de los fondos de pensiones viene determinada por la existencia de una comunidad de carácter especial presidida por la propia finalidad de la previsión y resultante de la integración de los recursos patrimoniales afectos al plan en el fondo. No creemos que se trate de una comunidad de las reguladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil ya que, por ejemplo, no resulta posible el ejercicio de la denominada *actio communi dividundo*, a la que tiene derecho todo comunero de cara a poder instar la disolución de la comunidad. En efecto, tal y como señala TAPIA HERMIDA², "el perfil de detentación estática que la copropiedad presenta en nuestro Derecho no parece adecuarse correctamente a la necesidad de gestión dinámica de los fondos de pensiones".

Nos hallamos además ante una comunidad de carácter dinámico y cuya titularidad debe ser atribuida a los partícipes y beneficiarios o, más precisamente, a los beneficiarios a través de los derechos causados por el acaecimiento de la contingencia y a los partícipes por medio de los derechos consolidados. En todo caso dichos derechos presentan una naturaleza real y no crediticia, operando sobre una cuota ideal de fondo que confiere a estos una copropiedad sobre la masa patrimonial.

² TAPIA HERMIDA, A. J., "La gestión de los fondos de pensiones (un análisis jurídico)", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, 1988, p. 386.

En cierta medida podría afirmarse que la mera situación de cotitularidad sobre un patrimonio común termina quedando superada por el hecho de que dicha cotitularidad se encuentra permanentemente unida a una estructura de gestión profesional destinada a acrecentar el patrimonio constituido por las aportaciones de los partícipes y no a la mera conservación del patrimonio. Dicho de otro modo, los partícipes se adhieren al plan y realizan las aportaciones, no con el objetivo de formar una masa patrimonial de la que reciban únicamente los rendimientos de los activos que se adquieran, sino para obtener a través de la Entidad Gestora del fondo la máxima rentabilidad de su ahorro. Ello explica que no coincidan los conceptos de administración de la comunidad y de administración del fondo.³

Queda claro por tanto que las relaciones existentes entre el fondo y sus partícipes y beneficiarios son de propiedad. Ahora bien, ¿podría resultar de aplicación la figura jurídica de la fiducia a la hora de proceder a configurar los fondos de pensiones? Como es sabido un negocio fiduciario es aquél en el que los recursos se transfieren en interés de un sujeto (el fiduciario) a quien se otorgan las facultades de gestión y representación de dichos recursos en exclusivo interés de otros sujetos (los fideicomisarios). Tiene lugar así la transmisión del dominio de los bienes de que se trate a un sujeto para que éste, a su vez, los administre en favor de un tercero.⁴

¿Cuál es la principal dificultad que plantea la aplicación de esta institución a los fondos de pensiones? Desde nuestro punto de vista la complicación más relevante es aquella que deriva de la escisión del derecho de propiedad característica del citado instituto. Téngase presente que la propiedad de los recursos que integran el fondo recae sobre los partícipes titulares de los derechos consolidados⁵. En otras

³ Véanse en este sentido LA CASA GARCÍA, R., *Los fondos de pensiones*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 152 y ss. y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., "Notas delimitadoras y naturaleza jurídica de los Fondos de Pensiones", en la obra colectiva *Régimen jurídico de los Planes y Fondos de Pensiones*, Editorial Española de seguros, 2ª ed., Madrid, 1989, pp. 71 y 72.

⁴ En cierta medida podría aludirse a la existencia de una especie de "relación de confianza" en virtud de la cual el fideicomitente transmite un patrimonio mobiliario o inmobiliario al fiduciario al objeto de que este gestione el mismo en beneficio de uno o varios fideicomisarios.

⁵ Tal y como precisa GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M., "Fiscalidad de los Fondos y Planes de Pensiones", *Revista de Información Fiscal*, núm. 57, 2003, p. 48, "al ser la forma de su constitución de carácter voluntario y *ex contractu*, las rentas que han sido depositadas en estos instrumentos no pertenecen a ellos, sino a los titulares de dichos fondos dinerarios". A la luz de estas consideraciones sugiere el citado autor, en otro punto de su trabajo, que "[...] Bajo esta consideración, los fondos de pensiones deberían tener un tratamiento tributario idéntico a las comunidades de bienes, herencias yacentes, cuentas en participación, etc., por lo menos en la imposición indirecta, pues en la imposición directa estatal, los entes sin personalidad jurídica antes mencionados (excluyendo a los fondos de pensiones), tributan por atribución de rentas sus comuneros, presuntos herederos, partícipes, etc., no asumiendo en estos impuestos la subjetividad tributaria para hacerles merecedores de ser considerados sujetos pasivos de los referidos gravámenes" ("Fiscalidad de los Fondos y Planes de Pensiones", *ob. cit.*, p. 52).

palabras, la estructura de los fondos de pensiones se articula a través de una copropiedad especial de partícipes y beneficiarios sobre los elementos patrimoniales integrados en el fondo, así como de una relación de mandato o comisión y de depósito con las entidades gestora y depositaria, respectivamente. A mayor abundamiento, la confianza depositada en la Entidad Gestora, al conferirle la administración de los recursos aportados, constituye un elemento propio y característico del contrato de mandato fundado en la confianza que al mandante inspira el mandatario.⁶

Por otra parte la caracterización efectuada por la normativa reguladora de los fondos de pensiones como una organización destinada a la administración de un patrimonio plantea la problemática relativa al reconocimiento de su subjetividad a efectos tributarios. Y ello a pesar de la expresa privación de personalidad jurídica de la que son objeto.

A nuestro juicio, ninguna duda plantea el hecho de que el fondo de pensiones carece de personalidad jurídica. *A priori*, el hecho de dotar o no a un ente de personalidad jurídica representa una forma de atribuir al mismo un determinado régimen jurídico que implica la posibilidad de ser el centro subjetivo de relaciones jurídicas, esto es, un expediente que permita la presencia de la persona jurídica en el tráfico, delimitando al mismo tiempo un patrimonio separado afecto a las responsabilidades derivadas de la gestión social. Ahora bien lo anterior no obsta para que los fondos de pensiones constituyan auténticos centros de imputación jurídica, adquiriendo un carácter similar al de los entes dotados de personificación.

Incluso la propia configuración estructural de los fondos de pensiones, caracterizada por la existencia de una escisión entre la titularidad del patrimonio (que corresponde a los partícipes y beneficiarios), la de las facultades de gestión y administración (encomendadas a la Entidad Gestora con el concurso de un Depositario) y la supervisión de una Comisión de Control, parece sugerir la existencia de una capacidad jurídica compartida. A esta circunstancia se refirió ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA en los siguientes términos: "nos hallamos ante una entidad de titularidad plural que cuenta con el mismo régimen jurídico *ad intra* que las entidades dotadas de personalidad

⁶ Una opinión distinta puede verse en USTARROZ UGALDE, J. R., "La naturaleza jurídica de los Fondos de Pensiones", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 27, 1987, p. 592, para quien la relación jurídica fundamental que subyace en los fondos de pensiones con respecto a su nexo jurídico con la entidad gestora es de carácter fiduciario. En opinión del citado autor "esta naturaleza fiduciaria se trasluce cuando en los fondos de pensiones se confía el fondo acumulado por los partícipes al gestor".

jurídica y, asimismo, con muchos de los atributos que se reconocen a las personas jurídicas en general".⁷

En definitiva, cabe aludir a la existencia de una estructura de administración de un patrimonio autónomo afecto a una finalidad de previsión social y de propiedad compartida por los partícipes y beneficiarios representados en sus intereses de forma inmediata por la Comisión de Control de los Planes de Pensiones (a la que corresponde, entre otras funciones, supervisar el cumplimiento de las cláusulas del plan en todo lo relativo a los derechos de sus partícipes y beneficiarios)⁸ o, tratándose de planes individuales, por el propio promotor y, de manera mediata, por la Comisión de Control de los Fondos de Pensiones a la que se confiere, entre otras facultades, la representación del fondo. De este modo, mientras la gestión decisoria corresponde a la Entidad Gestora, la custodia y la gestión ejecutiva es competencia de la Entidad Depositaria, atribuyéndose a ambas una función adicional de recíproco control.

La naturaleza de patrimonio autónomo se explica además por la autonomía patrimonial de la que disfrutaban los fondos, en virtud de la cual los acreedores no pueden hacer efectivos sus créditos sobre los patrimonios de los promotores de los planes y de los partícipes, quedando su responsabilidad limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus planes de pensiones adscritos (art. 12 del TRLRFPF), y no respondiendo el patrimonio de los fondos por las deudas de las entidades promotora, gestora y depositaria (art. 12.2 del citado Texto Refundido).

En líneas generales los fondos tienden a instrumentar diversos planes de pensiones, si bien cabe la posibilidad de que un fondo pueda llegar a instrumentar un único plan. E igualmente, dada la condición de soporte económico del plan que adquiere el fondo de pensiones, existen diversas facilidades para su constitución, contemplando el art. 11.9 del TRLRFPF la existencia, tanto de fondos cerrados (a través de los cuales se instrumentan exclusivamente las inversiones del plan o planes de pensiones integrados en él), como de fondos abiertos (los

⁷ ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., "Los Fondos de Pensiones: capacidad jurídica compartida", *La Ley*, 1988-III, p. 797. Véase igualmente, del citado autor, "La fiscalidad en la Ley Reguladora de los Planes de Pensiones", *Documentación Laboral*, núm. 21, 1987, pp. 33 y ss.

⁸ Recuérdese que, tras la reforma operada en el art. 7 del TRLRFPF por la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tuvo lugar la supresión de la figura de la Comisión de Control del plan en los planes individuales, correspondiendo al promotor las funciones y responsabilidades asignadas a dicha Comisión en el Texto Refundido. Paralelamente en los planes de este sistema debe designarse al Defensor del partícipe y de los beneficiarios, quien ha de resolver las reclamaciones que formulen aquellos o sus derechohabientes contra las entidades gestoras o depositarias de los fondos en los que se hallen integrados los planes o contra las propias entidades promotoras de los planes individuales.

llamados "fondos de fondos"), caracterizados por canalizar las inversiones procedentes de otros fondos de pensiones.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN FINANCIERO DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Todo análisis que pretenda llevarse a cabo del régimen financiero de los fondos de pensiones ha de partir necesariamente del estudio de la estructura de su activo, a los efectos de estimar correctamente el tratamiento fiscal de aquéllos como posibles sujetos pasivos de impuestos tales como el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, objeto de nuestro estudio en el presente trabajo.

Sabemos ya que los recursos afectos a los planes de pensiones se materializan a través de los fondos de pensiones. Así, por ejemplo, las inversiones de los fondos son objeto de regulación por el legislador, quedando subordinadas al cumplimiento de determinados condicionamientos. Ello no significa, sin embargo, que deba impedirse a los fondos disfrutar de un margen suficiente de libertad de actuación que les permita optar por su propia política de inversiones.

¿Qué principios deben presidir la política de inversiones de los fondos de pensiones? Al amparo de lo establecido en el art. 16 del TRLRPPF cabe aludir, en primer lugar, a la fijación de los bienes y derechos sobre los que ha de materializarse un específico porcentaje de las inversiones que deben efectuarse. Y, en segundo término, al señalamiento de un conjunto de pautas encaminadas a minorar los riesgos y a estipular un concreto margen de liquidez.

Debe ser respetado el llamado principio de seguridad, de conformidad con el cual los fondos no han de comprometerse en proyectos de marcado riesgo, debiendo evitarse la suscripción de títulos de compañía de dudosa solvencia. En aras de una correcta aplicación del principio de rentabilidad la masa patrimonial ha de orientarse hacia inversiones rentables, de manera que los rendimientos procurados incrementen el fondo, posibilitándose además la satisfacción de las prestaciones futuras.

Igualmente conviene tener presente los principios de diversificación (en virtud del cual los fondos han de diversificar sus inversiones, evitándose su concentración en unos pocos proyectos cuyo fracaso pueda llegar a condicionar los intereses del fondo) y de congruencia de plazos adecuados a sus finalidades, que no responde sino a la necesidad de ajustar la recuperación de las inversiones realizadas al instante en que resulte ineludible proceder al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Puede llegar a suceder que una de las posibles inversiones realizadas por los fondos de pensiones se encuentre constituida por dotaciones destinadas al pago de primas en virtud de planes total o parcialmente asegurados, no exigiéndose respecto de las mismas el cumplimiento de los criterios de inversión a los que anteriormente se ha hecho referencia. Téngase presente además que en dicho caso tampoco se computarían las citadas dotaciones a efectos del cálculo de los límites a la inversión de los fondos aplicables al resto de activos.

El art. 16 del TRLRPPF, relativo a las inversiones de los fondos de pensiones, señala que reglamentariamente se establecerá el límite mínimo, no inferior al 70 por ciento del activo del fondo, que ha de invertirse en activos financieros contratados en mercados regulados, en depósitos bancarios, en créditos con garantía hipotecaria y en inmuebles. Por su parte el art. 72 a) del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones (RPPF), a la hora de regular los criterios de diversificación, dispersión y congruencia de las inversiones, establece que al menos el 70 por ciento del activo del fondo de pensiones ha de encontrarse invertido en valores e instrumentos financieros susceptibles de tráfico generalizado e impersonal que estén admitidos a negociación en mercados regulados, instrumentos derivados negociados en mercados organizados, depósitos bancarios, créditos con garantía hipotecaria, inmuebles e instituciones de inversión colectiva inmobiliaria.⁹

Analicemos en primer término los activos financieros contratados en mercados regulados. Como es sobradamente conocido, tienen la consideración de activos o de instrumentos financieros aquellos títulos emitidos por unidades económicas de gasto que constituyen un medio de mantener riqueza para quienes los poseen y un pasivo para quienes los generan, siendo sus principales características su liquidez, riesgo y rentabilidad.

⁹ Precisa asimismo la letra b) del citado art. 72 del RPPF que la inversión en valores o instrumentos financieros emitidos por una misma entidad, más los créditos otorgados a ella o avalados o garantizados por la misma, no puede exceder del 5 por ciento del activo del fondo de pensiones, si bien el límite anterior se sitúa en el 10 por ciento por cada entidad emisora, prestataria o garante, siempre que el fondo no invierta más del 40 por ciento del activo en entidades en las que se supere el 5 por ciento del activo del fondo. Por otra parte el fondo podría invertir en varias empresas de un mismo grupo, no pudiendo superar la inversión total en el grupo el 10 por ciento del activo del fondo. Ahora bien, ningún fondo de pensiones puede tener invertido más del 2 por ciento de su activo en valores o instrumentos financieros no admitidos a cotización en mercados regulados o en valores o instrumentos financieros que, estando admitidos a negociación en mercados regulados, no sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal, cuando estén emitidos o avalados por una misma entidad. Dicho límite se sitúa no obstante en el 4 por ciento para los citados valores o instrumentos financieros cuando estén emitidos o avalados por entidades pertenecientes a un mismo grupo.

Dentro del ámbito fiscal la calificación tributaria del concepto de "activos financieros" fue introducida por la Ley 14/1985, de 29 de mayo, de Régimen Fiscal de Determinados Activos Financieros, que vinculaba dicha expresión a la categoría de los comúnmente denominados títulos de renta fija, esto es, valores financieros que documentan la captación o utilización de recursos ajenos. De este modo queda excluida de su ámbito de aplicación la regulación de aquellos valores representativos de la captación de recursos propios, es decir, acciones y participaciones sociales.

Es el art. 91 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, el encargado de calificar como activos financieros a los valores negociables representativos de la captación y utilización de capitales ajenos con independencia de la forma en que se documenten, diferenciando al efecto entre activos con rendimiento implícito, explícito y mixtos, a efectos de las retenciones a practicar.¹⁰

Parece lógico, en consecuencia, pensar que el concepto de "activo financiero" es susceptible de utilizarse para aludir a una realidad económica compleja y heterogénea fundamentada en la circulación de recursos económicos y que debe estimarse siempre como una inversión financiera, con independencia de las operaciones particulares a través de las cuales se instrumente dicha realidad o de los mecanismos jurídicos que la encubran. Debe adoptarse, en consecuencia, un concepto de activo financiero de carácter amplio que permita englobar cualquier valor negociable o instrumento financiero derivado de la canalización del ahorro y la inversión.

El TRLRPPF se refiere a los activos financieros contratados en mercados regulados¹¹, debiendo entender por tales los llamados mercados secundarios de valores que, a estos efectos, comprenden: las Bolsas de Valores, el Mercado de Deuda Pública representada mediante anotaciones en cuenta, los mercados de Futuros y Opciones¹² así

¹⁰ De este modo el término "activos financieros" se circunscribe a aquellos valores que incorporan un derecho de crédito pecuniario y no de participación, como podría ser el caso de las acciones.

¹¹ En efecto ya desde su redacción por la Ley 24/2001, y siguiendo la línea iniciada en la Directiva 93/22/CEE, el art. 16 del TRLRPPF optó por la utilización del término "mercado regulado" frente al de "mercados secundarios oficiales de valores" que utiliza la Ley del Mercado de Valores.

¹² Ciertamente la normativa sistematizadora de los fondos de pensiones no prevé la realización de estas operaciones con la finalidad de materializar una parte de su activo. Sin embargo, debe precisarse que se trata de modalidades operativas necesarias para el

como cualesquiera otros que, cumpliendo los requisitos previstos en el art. 31 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores, se autoricen. Pues bien, todas aquellas operaciones que se lleven a cabo en dichos mercados han de realizarse de manera que incidan efectivamente en los precios con la concurrencia de ofertas y demandas plurales, excepto si la operación en cuestión pudiera efectuarse en condiciones más favorables para el fondo que las resultantes del mercado.

Una segunda opción factible de inversión sería la de los créditos con garantía hipotecaria, esto es, aquellos créditos derivados de contrato que cuentan con la garantía de un inmueble. En numerosas ocasiones la concesión de estos créditos se presenta como una inversión segura y rentable a largo plazo desde la perspectiva del fondo de pensiones. Dicha inversión podrá articularse asimismo a través de depósitos bancarios (entre otros, cuentas corrientes o depósitos a la vista, cuentas de ahorro ordinario, depósitos o imposiciones a plazo fijo, certificados de depósito y cuentas de ahorro vinculado).

Analicemos a continuación la cuestión relativa a la inversión inmobiliaria. *A priori* el encauzamiento de la inversión a través de inmuebles constituiría una de las más adecuadas para los fondos de pensiones, dadas sus especiales características de seguridad, rentabilidad, realización periódica, etc. Lo cierto es, sin embargo, que la regulación ofrecida a este respecto por el TRLRPPF ha sido tradicionalmente insuficiente, llegando incluso en ocasiones a dificultar la efectividad práctica de la inversión.

Tradicionalmente las actuaciones de inversión llevadas a cabo por los fondos de pensiones en inmuebles han estado restringidas únicamente a operaciones de adquisición y enajenación, no resultando aceptable que pudieran actuar como promotores inmobiliarios, al estimarse que se trata de una actividad que, no sólo excede del ámbito anteriormente indicado, sino que contribuiría a desnaturalizar la consideración de los fondos como meros intermediarios financieros del ahorro canalizado por medio de los planes de pensiones. A la luz de la citada regulación se encargó de establecer el art. 17.3 del TRLRPPF que tanto la adquisición como la enajenación de los bienes inmuebles han de ir precedidas necesariamente de su tasación realizada en la forma prevista por los artículos 7 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y 34 a 40 del Real

cumplimiento de la gestión de inversiones de los fondos que no deben verse dificultadas por una interpretación estricta de la normativa reguladora.

Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollaban determinados aspectos de la misma.¹³

Sin lugar a dudas, a través de la citada previsión se dotaba de transparencia a las operaciones realizadas mediante esta clase de activos. Ahora bien se trataba de una normativa que obviaba toda referencia a la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles adquiridos por el fondo como inversión, quedando la misma limitada inicialmente, al amparo de lo dispuesto en los arts. 51 y 54 del Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, a las personas físicas y jurídicas y no a los entes sin personalidad jurídica.

No fue hasta la aprobación del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario, cuando se puso fin a la referida falta de previsión que hacía inviable la realización de la inversión. Dicho Real Decreto se encargó de reconocer de manera explícita la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a los fondos de pensiones, precisando su art. 11 que *"el acta de inscripción se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos"*.

Esta situación contrasta con aquella otra que tradicionalmente ha caracterizado a los fondos de inversión inmobiliaria. Y es que ya en su momento el art. 33.7 de la antigua Ley reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva de 1984, en su redacción otorgada por la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, reguló la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos de su titularidad.¹⁴

En todo caso las eventuales inversiones en activos extranjeros que puedan llevarse a cabo quedarían sujetas a lo dispuesto en la legislación correspondiente, debiendo computarse en el porcentaje indicado a su naturaleza. Así lo establece el art. 16.3 del TRLRPPF en el que se señala, además, que *"reglamentariamente podrán establecerse normas de congruencia monetaria entre las monedas de realización de las inversiones de los Fondos de Pensiones y las monedas en que han de satisfacerse sus compromisos"*.¹⁵

¹³ Dicho Real Decreto fue posteriormente modificado por el Real Decreto 1289/1991, de 2 de agosto, y por la Orden de 30 de noviembre de 1994, sobre valoración de bienes inmuebles para determinadas entidades financieras.

¹⁴ En efecto, al acometerse la regulación de este tipo de instituciones, caracterizadas por su inversión en inmuebles, terminó por resolverse de manera simultánea la cuestión relativa a su inscripción registral, a diferencia de lo que sucedía en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones.

¹⁵ Se estaba refiriendo concretamente el legislador al Real Decreto 672/1992, de 2 de julio, sobre inversiones españolas en el exterior.

Varias son las modalidades que podrían presentar estas inversiones españolas en el exterior. Así, por ejemplo, podrían llevarse a cabo a través de inversiones directas, esto es, aquellas que se realizan mediante la participación en sociedades extranjeras que permita al inversor, a través de la adquisición de la misma o en unión de la que ya tuviera, influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad.

Igualmente podrían realizarse mediante el mecanismo de las inversiones en cartera, ya sea a través de la suscripción y adquisición de acciones de sociedades extranjeras y de valores tales como derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones (tanto las adquiridas en mercados organizados como las obtenidas fuera de ellos) o la adquisición de participaciones sociales tratándose de sociedades cuyo capital no esté representado por acciones, así como a través de la suscripción y adquisición de valores negociables representativos de empréstitos emitidos por personas o entidades públicas o privadas (ya sean de rendimiento explícito o implícito) y mediante la participación en fondos extranjeros de inversión colectiva.

Estas inversiones españolas en el exterior podrán llevarse a efecto, además, a través de inversiones en bienes inmuebles. Y, a este respecto, constituiría inversión española en bienes inmuebles la adquisición por personas físicas residentes en España o por personas jurídicas domiciliadas en España de la propiedad y de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el extranjero.

Finalmente las inversiones en activos extranjeros podrían efectuarse a través de otras formas de inversión tales como cuentas en participación, comunidades de bienes, fundaciones, cooperativas, agrupaciones de interés económico u otros supuestos que pudieran determinarse por el Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda.

Por otra parte conviene tener presente que, por lo que al ámbito comunitario se refiere, los fondos de pensiones constituyen las únicas entidades financieras que no pueden ofertar sus servicios en un Estado miembro distinto del suyo en las mismas condiciones que las entidades financieras y de inversión. Así tuvo oportunidad de reconocerlo, en su día, la propia Comisión Europea en la Propuesta de Directiva sobre las actividades de organismos de previsión para la jubilación (Documento 500PC0507, de 11 de octubre de 2000), al señalar que *"debe concederse prioridad a la supresión de los actuales obstáculos a la inversión en el ámbito de los fondos de pensiones"*.

Ciertamente la configuración de un marco jurídico comunitario caracterizado por la existencia de un conjunto de normas cautelares

europas que permita desarrollar una gestión transfronteriza de los planes de previsión para la jubilación ha constituido uno de los retos más importantes a los que se ha enfrentado la Comisión dentro del ámbito de los sistemas de previsión social. Ya a principios de los años noventa se trató por parte de aquélla de crear un mercado único en el marco de las pensiones complementarias, llegándose a elaborar un documento de trabajo sobre la realización del mercado único en el ámbito de los sistemas privados de pensiones. Dicho documento contenía un conjunto de medidas destinadas a ampliar la libertad existente por aquel entonces en materia de administración transfronteriza de activos, así como de actividades de inversión transfronteriza y de acceso transfronterizo a los organismos de jubilación.

Inicialmente se persiguió integrar este conjunto de medidas en una concreta Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la libertad de gestión e inversión de los fondos de los organismos de previsión para la jubilación presentada en 1991¹⁶ y que, sin embargo, tuvo que hacer frente a la oposición de buena parte de los Estados miembros, siendo retirada en 1994. Sin lugar a dudas, la disposición más conflictiva que se planteaba en dicha Propuesta de Directiva era aquélla en virtud de la cual los fondos de pensiones sólo debían invertir un determinado porcentaje en su propia moneda.

Con posterioridad, hacia el año 1997, tuvo lugar la publicación del Libro Verde titulado "Los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único". Y dos años más tarde, en 1999, se presentó una Comunicación de la Comisión denominada "Hacia un mercado único de sistemas complementarios de pensiones. Resultados de la consulta en torno al Libro Verde sobre los sistemas complementarios de pensiones en el mercado único", en la que se anunciaba la posterior publicación de diversas disposiciones legislativas.

Pues bien, una de estas disposiciones fue precisamente la anteriormente citada Propuesta de Directiva sobre los Organismos de Pensiones, cuyos principales objetivos podían reducirse a los siguientes: una adecuada protección de los partícipes y beneficiarios de los planes de pensiones; posibilitar la libre elección de los administradores y depositarios de activos en la Unión Europea; fomentar el desarrollo de actividades transfronterizas; y crear un mercado interior de sistemas complementarios de pensiones.

¹⁶ Documento COM(91) 301 final, DO C 312 de 3 de diciembre de 1991.

Por otra parte, y dentro de la materia específica relativa a la inversión financiera, la citada Propuesta de Directiva optó por regular la inversión de los organismos de previsión desde una perspectiva cualitativa, disponiendo la necesidad de que la misma se ajustase a unos criterios de seguridad, calidad, liquidez, rendimiento y diversificación, si bien los Estados miembros gozarían de una cierta libertad a la hora de configurar las concretas normas de inversión a las que habrían de quedar sujetos los fondos de pensiones establecidos en su territorio, en aras de garantizar la libre circulación de capitales.

Dicha Propuesta de Directiva contenía además un conjunto de normas de carácter cautelar destinadas a garantizar que todas aquellas transacciones que pudieran llegar a realizarse en materia de pensiones de jubilación alcanzasen un alto grado de seguridad y de eficacia, posibilitándose al mismo tiempo el reconocimiento mutuo de los sistemas de supervisión existentes en los distintos Estados miembros como requisito previo para desarrollar una gestión transfronteriza de los planes de jubilación.

Finalmente, y por lo que respecta al ámbito de las actividades transfronterizas, la Propuesta de Directiva otorgaba a los Estados miembros la facultad de permitir que las empresas situadas en su territorio pudieran adquirir la condición de promotoras de fondos de pensiones establecidos en otros países de la Unión Europea, con la única salvedad de que el derecho que adquiriera un fondo de pensiones a prestar sus servicios en otro Estado miembro se ejerza respetando plenamente las disposiciones del Derecho social y laboral vigentes en el Estado miembro de acogida.

En nuestra opinión se trataba de una previsión a todas luces acertada. Y es que permitir a los fondos de pensiones gestionar planes para aquellas empresas establecidas en otros Estados miembros posibilita el desarrollo de unas políticas de inversión eficientes caracterizadas por la agrupación de activos, la simplificación de las labores de administración y el cumplimiento de las normas cautelares dictadas por una única autoridad de supervisión. Y todo ello sin perjuicio de facilitar una mayor movilidad laboral que beneficia especialmente a las empresas multinacionales, dentro de las cuales suele ser muy frecuente el traslado de sus empleados de un Estado miembro a otro.

En la actualidad todas estas previsiones quedan recogidas en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo, incluidas las contribuciones efectuadas por las empresas promotoras.

3. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

3.1. ¿Quedan sujetos los fondos de pensiones a la modalidad de operaciones societarias del impuesto?

3.1.1. Consideraciones generales

El principal punto de conexión existente entre los fondos de pensiones y el Impuesto sobre Operaciones Societarias, que representa una de las tres modalidades impositivas integradas dentro del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPyAJD), lo constituye el art. 30.2 del TRLRPF, en el que se establece que *"la constitución, disolución y las modificaciones consistentes en aumentos y disminuciones de los Fondos de Pensiones regulados por esta Ley gozarán de exención en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados"*.¹⁷

Nótese por tanto que el citado art. 30.2 del TRLRPF está reconociendo a los fondos de pensiones una exención respecto de determinadas operaciones societarias a pesar de que, *a priori*, estas entidades no pueden insertarse en ninguna de las figuras asimiladas a las sociedades que especifica el art. 22 del RDLeg. 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora del ITPyAJD, a saber: personas jurídicas no societarias que persigan fines lucrativos; contratos de cuenta en participación; copropiedad de los buques; comunidad constituida por actos *inter vivos* cuando realice actividades empresariales; y comunidad de bienes constituida por actos *mortis causa* cuando la explotación del negocio del causante continúe en régimen de indivisión por un plazo superior a tres años.

Sabemos ya que el fondo de pensiones, como tal, no es sino un patrimonio económico carente de personalidad jurídica que se constituye para el desarrollo y ejecución del plan de pensiones. Partiendo de este dato resulta meridianamente claro que el fondo, en cuanto tal, no podrá ser considerado como una sociedad. Ahora bien, cuestión distinta es la de si ofrece un sustrato asociativo que posibilite su asimilación a alguna de las figuras comprendidas en el citado art. 22 del TRLITPyAJD.

¿Existe sujeción por parte de los fondos de pensiones al Impuesto? Dos son las posibles respuestas a la citada cuestión. De una parte, considerar que los fondos de pensiones podrían quedar incluidos en

¹⁷ En este mismo sentido se pronunciaba el art. 59 del antiguo RPF.

alguna de las figuras comprendidas dentro del art. 22 del TRITPyAJD. De esta opinión se mostró partidario, entre otros autores, SANZ GADEA¹⁸, para quien el fondo de pensiones se caracteriza por la existencia de un importante sustrato asociativo de manera que, si bien no constituye propiamente una sociedad, sí puede estimarse que engloba a una comunidad de bienes en la que los comuneros serían los partícipes y su cuota de participación los derechos consolidados. A través de esta equiparación estimó el citado autor que podría operar la sujeción al ITPyAJD, siempre y cuando se considerase que dicha "comunidad de bienes" realiza actividades empresariales.

La consideración de los fondos de pensiones como comunidades de bienes constituidas por actos *inter vivos* que realizan actividades empresariales ha sido igualmente defendida por HERRERA MOLINA. A juicio de este autor *"los fondos de pensiones son comunidades de bienes constituidas por actos inter vivos que realizan actividades empresariales, de lo que se deduce la plena sujeción de aquéllos al ITPyAJD como consecuencia de su asimilación a las sociedades a efectos de este Impuesto"*.¹⁹

En cambio DE PABLO VARONA, aún rechazando la asimilación de los fondos de pensiones a las comunidades de bienes gravadas en el IOS, defiende su sujeción a esta última modalidad impositiva sobre la base de la naturaleza societaria que presentan. Tal y como precisa este último autor, *"la dificultad de apreciar en los fondos de pensiones una actividad empresarial no significa empero que deban quedar al margen del Impuesto, porque persiguen sin duda un fin lucrativo, en atención a lo cual su equiparación a sociedades en el marco del impuesto no plantearía problemas"*.²⁰

Por lo que respecta a la segunda alternativa a la cuestión planteada, consistiría en estimar que los actos jurídicos relativos a los fondos de pensiones no quedan sujetos a la Modalidad Operaciones Societarias del ITP y AJD. Así tuvo oportunidad de manifestarlo, entre otros, CALVO ORTEGA, para quien la constitución del fondo de pensiones no se encuentra sujeta al ITP y AJD en ninguna de sus modalidades. *"En la constitución del fondo —precisa el autor— la no sujeción estaría apoyada por la técnica de determinación del hecho imponible en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Incluso en el caso de calificar a los fondos de pensiones*

¹⁸ SANZ GADEA, E., "Fondos de Pensiones", *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 73, 1989, p. 19.

¹⁹ HERRERA MOLINA, P. M., "El nuevo régimen fiscal de los Fondos de Pensiones", *Impuestos*, tomo I, 1987, p. 569.

²⁰ DE PABLO VARONA, C., *El Impuesto sobre Operaciones Societarias*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 157.

como comunidades de bienes inter vivos sería difícil la imputación del requisito de la realización de actividades empresariales²¹. Concluye así este autor, si bien sus argumentaciones fueron realizadas con anterioridad a la promulgación de la antigua LPFP, que no hay lugar a la sujeción como acto societario en la medida en que el fondo no constituye ni una sociedad ni una entidad asimilada a las sociedades por la propia normativa del impuesto.

De esta misma opinión se mostraba partidario MARTÍNEZ LA-FUENTE, quien estimaba que se dispensó de gravamen a aquello que no llega a ser siquiera una operación societaria, al quedar fuera de la letra y del espíritu que preside el Impuesto, directamente inspirado en la normativa comunitaria.²²

Ciertamente, a la luz de la estructura jurídica contenida en el TRLRFPF, no parece que pueda asimilarse el instituto de la comunidad de bienes con los fondos de pensiones. Como ya hemos tenido oportunidad de precisar, de lo dispuesto en preceptos tales como los arts. 2, 8.4 y 11.1 *in fine* del citado Texto Refundido se desprende que, pese a representar estos fondos una situación de cotitularidad de partícipes y de beneficiarios sobre los recursos patrimoniales integrados en un fondo no dotado de personalidad jurídica, dicha vinculación se halla ordenada al logro de la finalidad de previsión que preside la configuración de este instituto de previsión social. Ello contribuye, además, a explicar el carácter instrumental que presentan las aportaciones efectuadas al fondo en relación con la finalidad perseguida, excluyendo tal afectación que tanto partícipes como beneficiarios puedan ejercer sin más, respecto a tales derechos, las facultades propias de los condóminos.

Con carácter general la cuota de participación quedará integrada en los fondos de pensiones por los derechos consolidados, en la medida en que las aportaciones realizadas al plan de pensiones podrían traducirse en la existencia de cuotas. Ahora bien la facultad de disposición de los mismos resulta restringida a los exclusivos efectos de su integración en otro plan de pensiones, tal y como establece el art. 8.8 del TRLRFPF, con la salvedad de aquellos supuestos excepcionales de disposición anticipada de la totalidad o de parte de las aportaciones realizadas.

²¹ CALVO ORTEGA, R., "Mutualidades de Previsión Social y Fondos de Pensiones", *Revista de Seguridad Social*, núm. 24, 1984, p. 77.

²² MARTÍNEZ LAFUENTE, A., "Régimen fiscal de los Planes y Fondos de Pensiones", *Cisq Comunicación*, núm. 51, 1987, p. 42. Véase asimismo en este sentido ALONSO MURILLO, F., *Tributación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, p. 60, para quien "los fondos de pensiones realmente no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Operaciones Societarias, por lo que la norma contenida en el artículo 30.2 del TRLRFPF no es técnicamente una norma de exención, sino una norma de no sujeción".

Pues bien, desde nuestro punto de vista es esta indisponibilidad de los derechos consolidados existente la que determina, de manera correlativa, la imposibilidad de ejercitar la *actio communi dividundo* por parte de los partícipes en el plan, en la medida en que sobre sus intereses particulares prevalece el del ejercicio de una determinada actividad en beneficio de una colectividad.²³

En definitiva, cabe afirmar que la caracterización de los fondos de pensiones como patrimonios afectos a una finalidad de previsión social, separados, dinámicos y colectivos influye de manera decisiva en el perfil funcional de su administración, que presenta así un carácter divergente al del instituto de la comunidad de bienes. Y es que la administración del fondo es confiada a la Entidad Gestora con el concurso del Depositario, mientras que los partícipes y beneficiarios pueden intervenir en el ámbito de la gestión a través de la denominada Comisión de Control del Fondo.

Por otra parte, ¿realizan los fondos de pensiones verdaderas actividades empresariales? Tradicionalmente ha venido considerándose que el desarrollo de una actividad empresarial implica, en esencia, la realización de una actividad de organización de factores de producción en orden a la prestación de bienes o servicios al mercado bajo la racionalidad que éste impone y asumiéndose los riesgos que de ello pueda llegar a derivarse.

¿Y cómo habríamos de interpretar esta noción de actividad empresarial en el contexto de lo dispuesto en el art. 22 del RDLeg. 1/1993? Sostiene CAZORLA PRIETO que dicha noción debe ser interpretada de la manera más amplia posible, estimándose que se trata de aquella actividad que, a través de la puesta en común de unos bienes y de la prestación de un trabajo personal persigue, mediante la utilización de un sustrato organizativo, la consecución de un beneficio económico. En palabras del citado autor, "aquellas comunidades asemejadas a las

²³ Refiriéndose a esta cuestión apunta LACASA GARCÍA, R., *Los fondos de pensiones*, ob. cit., p. 121 que, a través de la movilización de los derechos consolidados, podría alcanzarse un resultado similar ya que, ante la eventualidad de obtener una mejor rentabilidad en otro plan o bien en atención a otras circunstancias tales como la consecución de una mayor seguridad o de una mayor ampliación de las contingencias cubiertas, el partícipe podría decidir el traspaso de sus derechos consolidados, con el consiguiente abandono de aquél al que estuviere inscrito. Precisa no obstante el citado autor que "esa desventaja viene referida a un concreto Plan de Pensiones, pero no a la propia situación de comunidad, que se considera la forma más adecuada para realizar determinadas funciones económicas, de tal suerte que lo que hace el partícipe es pasar de una comunidad a otra. Y ello es lo que precisamente sienta una notable disimilitud con la 'actio communi dividundo', por cuanto mediante el ejercicio de esta viene a extinguirse una anterior situación de comunidad, pasando cada comunitario a tener una propiedad solidaria y plena sobre una parte material de la cosa, o a recibir en metálico su cuota en los casos de indivisibilidad de la cosa común (arts. 401 y 404 del Código Civil), lo que no ocurre en el caso que nos ocupa".

sociedades [...] se dedican al desempeño de acciones económicas tendientes a la consecución de lucro. Es decir desarrollan, aunque sin el atributo de la personalidad jurídica, los mismos cometidos que las sociedades en sentido técnico jurídico".²⁴

Así las cosas habrían de quedar excluidas de gravamen aquellas comunidades de carácter incidental o estático que no implican el ejercicio de actividad económica alguna incluyéndose, por el contrario, aquellas otras comunidades de bienes que desarrollen algún tipo de actividad empresarial.

Desde una perspectiva distinta cabría la posibilidad de dotar de contenido a este concepto jurídico indeterminado acudiendo a aquello que, por "actividad empresarial", consideran las distintas normas tributarias. Así, por ejemplo, podría acudirse al concepto de actividad económica que proporciona el art. 27 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), del que parece desprenderse que la noción de "explotación económica" representa el sustrato común a la actividad empresarial²⁵. Incluso podría llegar a estimarse que el ánimo de lucro, a pesar de que no figure en la citada definición legal, se halla implícito en la realidad, ya que no se concibe el desarrollo de una actuación racional en el mercado que no persiga la obtención de lucro. En otras palabras, no es posible entender la finalidad de producir y de distribuir sin la referencia a un mercado.

De cualquier manera, y como bien ha señalado VEGA HERRERO²⁶, la amplitud que ofrece el concepto de actividad empresarial utilizado por nuestra legislación tributaria permite entender que prácticamente cualquier comunidad no estática realiza actividades económicas.

Sucede no obstante que, como ya hemos tenido oportunidad de precisar, la sustantividad jurídica de los fondos de pensiones se caracteriza por la adscripción de estos al cumplimiento de unos fines específicamente previstos de naturaleza aseguradora. En efecto, nos hallamos ante una fórmula de ahorro vinculado en virtud de la cual

²⁴ CAZORLA PRIETO, L. M^º, *Tributación de las operaciones societarias*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p. 157. Véase asimismo a este respecto MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 449.

²⁵ Dispone concretamente este art. 27.1 de la Ley 35/2006 que "Se consideran rendimientos íntegros de actividades económicas aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno sólo de estos factores, supongan por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios".

²⁶ VEGA HERRERO, M., "La exención de los Fondos de Pensiones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales", en la obra colectiva *Estudios sobre Planes y Fondos de Pensiones*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 388.

se invierte a través de unos patrimonios carentes de personalidad jurídica que acometen la gestión de los recursos allegados por los planes de pensiones, constituyendo el rendimiento de tales inversiones la base que permite financiar a los partícipes y beneficiarios del plan las prestaciones correspondientes.²⁷

Y el hecho de que los fondos de pensiones aparezcan como un intermediario financiero del ahorro canalizado a través de los planes que ha de invertirse de acuerdo con unos criterios de seguridad, rentabilidad, diversificación y congruencia de plazos adecuados a sus finalidades resulta difícilmente conciliable con el riesgo inherente al desarrollo de toda actividad empresarial.

Téngase presente además que, en la práctica totalidad de los casos, el activo de los fondos de pensiones se invierte en valores mobiliarios²⁸. Y, tal y como tuvo oportunidad de precisar la Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales en su Resolución de 16 de diciembre de 1996, estas actividades de compra-venta de valores mobiliarios realizadas por personas físicas, por personas jurídicas o por entidades carentes de personalidad jurídica para sí mismo no constituyen actividad económica, ni empresarial ni profesional.²⁹

A la luz de este conjunto de apreciaciones estimamos que la ausencia de ejercicio de actividad económica por parte de los fondos de pensiones imposibilita la aplicación a los mismos de lo dispuesto en el apartado 4º del art. 22 del TRLITP y AJD si bien, tratándose de sociedades gestoras de estas entidades que prestan servicios de gestión de valores ajenos, creemos que la selección de las inversiones a realizar posteriormente por el fondo sí que constituiría el ejercicio de una actividad económica.

Y dado que, como ya apuntamos anteriormente, no cabe la posibilidad de identificar a los fondos de pensiones con ninguna de las entidades asimiladas por la normativa del ITP y AJD a las sociedades, debe concluirse que los fondos de pensiones se encuentran en realidad no sujetos al citado Impuesto. Es más, su eventual sujeción requeriría la introducción de una mención expresa por parte del legislador en la que se reconociese su consideración como sujetos pasivos. No se entiende pues que el art. 45.1.C).13 del RDLeg. 1/1993 ratifique la

²⁷ Véase a este respecto MARCOS CARDONA, M., *Tributación de los planes y fondos de pensiones*, Colección Estudios de Derecho Universidad de Murcia, 2003, p. 114.

²⁸ A priori la estructura del activo de los fondos de pensiones permitiría, como ya indicamos en su momento, canalizar la inversión a través de inmuebles. Sin embargo, dada la insuficiente regulación que tradicionalmente ha ofrecido en torno a esta cuestión el TRLRPF, la política de inversiones de los recursos aportados al fondo suele quedar circunscrita a la compraventa de activos financieros y a la constitución de patrimonios integrados por tales valores.

vigencia de la exención de la que disfrutaban estos instrumentos de previsión social en el ámbito del ITPyAJD disponiendo que "[...] se aplicarán en sus propios términos y con los requisitos y condiciones en cada caso exigidos los beneficios fiscales que para este impuesto establecen las siguientes disposiciones: la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones".

3.1.2. Análisis de cada una de las operaciones declaradas exentas

El TRLRFPF declara, en primer lugar, la exención de los actos de constitución de los fondos de pensiones. El hecho imponible de esta primera operación declarada exenta lo integraría la formalización de un acto de constitución social comprensivo del otorgamiento de la correspondiente escritura pública, quedando así configurado en el momento de otorgarse la escritura correspondiente a la constitución de la misma, una vez obtenida la autorización del Ministerio de Economía y Hacienda para la constitución del fondo. Dicha escritura habría de inscribirse además en el Registro Administrativo de Fondos de Pensiones y en el Registro Mercantil.

A la hora de analizar las reglas relativas a la determinación de la base imponible habremos de tener presente la configuración que ofrezca la sociedad. Así, tratándose de sociedades que limiten de alguna manera la responsabilidad de los socios, la base imponible coincidiría con el importe nominal en el que el capital quedase fijado inicialmente o, en su caso, ampliado con adición de las primas de emisión exigidas²⁹. Esta sería, en nuestra opinión, la regla susceptible de aplicarse a los fondos de pensiones, máxime si tenemos en cuenta que el art. 12 del TRLRFPF establece un principio delimitador de la responsabilidad cuando dispone que "los acreedores de los fondos de pensiones no podrán hacer efectivos sus créditos sobre los promotores de los planes y de los partícipes, cuya responsabilidad está limitada a sus respectivos compromisos de aportación a sus Planes de Pensiones adscritos".

Debe precisarse, sin embargo, que el legislador no exige un patrimonio inicial a los fondos de pensiones en virtud del cual hasta que no se produzca la integración de los planes adscritos al fondo y se efectúen las aportaciones no podrá hablarse de la existencia de patrimonio. En este sentido coincidimos con VEGA HERRERO cuando afirma que "dada esta especial configuración de los fondos de pensiones, si no se

²⁹ Ya con anterioridad esta misma Dirección General se había pronunciado en idéntico sentido en su Resolución de 6 de febrero de 1992, si bien en relación con los fondos de inversión.

³⁰ Véase a este respecto lo dispuesto en los arts. 25.1 del TRITP y AJD y 64.1 del Reglamento regulador de dicho Impuesto.

hubiera previsto la exención de los actos de constitución de aquéllos, difícilmente éstos se hubiesen podido liquidar"³¹. De hecho, en la práctica, no creemos que pueda hablarse de la existencia de obligación tributaria en sentido estricto ya que, como hemos señalado, consideramos los fondos de pensiones no quedan sujetos a la Modalidad de Operaciones Societarias del ITP y AJD.

Analicemos a continuación aquellas modificaciones consistentes en aumentos y disminuciones de los Fondos de Pensiones. De entrada conviene precisar a este respecto que el art. 19 del RDLeg. 1/1993 no contempla la modificación como operación societaria sujeta, aludiendo únicamente a diversos "actos modificativos" de los estatutos sociales susceptibles de quedar elevados por el legislador a la categoría de hecho imponible del Impuesto.

En la mayoría de supuestos los aumentos originados en los fondos de pensiones tienen lugar vía aportaciones efectuadas por promotores y partícipes, mientras que las disminuciones se producirán como consecuencia del reembolso de las prestaciones correspondientes a los beneficiarios de los planes. Ambas operaciones, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, no quedarían sujetas a la Modalidad de Operaciones Societarias.

Declara asimismo exentos el art. 30.2 del TRLRFPF los actos de disolución del fondo de pensiones, si bien igualmente en este caso estimamos que de lo que se trata en realidad es de un supuesto de no sujeción. No entendemos la razón por la que el legislador opta por la inclusión de esta última exención, ya que a través de la misma podrían llegar a ampararse actuaciones que, en esencia, resultarían contrarias a la articulación fiscal contenida en el propio TRLRFPF y consistente en la utilización de técnicas de promoción de los planes y fondos de pensiones a través del establecimiento de diversos beneficios fiscales, en aras de garantizar el cumplimiento de una finalidad social prioritaria.

Desde nuestro punto de vista se está favoreciendo, en realidad, un acto opuesto a la finalidad de los beneficios fiscales previstos en el citado Texto Refundido respecto del ITP y AJD. Y es que, constituyendo un hecho innegable que los fondos de pensiones resultan merecedores de una adecuada protección debido a su trascendencia social, parecería más lógico que la exención quedara circunscrita a aquellos actos necesarios para su creación y funcionamiento ya que, en definitiva, de lo que se trata es de la aplicación de un beneficio fiscal de carácter incentivador de los fondos, y no de su disolución.

³¹ VEGA HERRERO, M., "La exención de los Fondos de Pensiones en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales", ob. cit., p. 391.

Quizás la explicación a dicha regulación se halle en el hecho de que, al recaer la condición de contribuyentes con motivo de las operaciones de disolución sobre los partícipes, lo que se ha pretendido ha sido evitar que estos resulten gravados como consecuencia del desplazamiento patrimonial que suelen ocasionar las operaciones de disolución de un fondo de pensiones.

Ahora bien puede llegar a suceder que, una vez producida la disolución de un fondo de pensiones por la concurrencia de cualquiera de las causas previstas al efecto, los planes de pensiones vigentes continúen operando a través de otro fondo de pensiones ya constituido o bien, en su caso, susceptible de constitución en el futuro, siempre y cuando no medie acuerdo en contrario de los promotores y partícipes. Así lo establece el art. 62.2.párrafo tercero del RPFPP, de conformidad con el cual *"será admisible que las normas del fondo de pensiones prevean que, en caso de liquidación de éste, todos los planes deban integrarse en un único fondo de pensiones, sin perjuicio de que, posteriormente, cualquier plan ejercite libremente el derecho de moviltización a otro fondo"*.

Téngase presente además que el TRLRPFPP no contempla la posibilidad de que los beneficiarios de los planes de pensiones puedan acceder a las prestaciones causadas a su favor como consecuencia de la disolución del fondo en el que dichos planes estuviesen integrados. Así las cosas cabe estimar que lo que sucederá en estos supuestos será, no que los planes puedan continuar a través de otro fondo, sino que necesariamente deberán incluirse en otro fondo de pensiones.³²

Finalmente, dentro de este conjunto de operaciones societarias declaradas impropriadamente exentas por el legislador destaca la ausencia de toda referencia en el art. 30.2 del TRLRPFPP a la fusión, es decir, a aquella operación jurídica que afecta a dos o más sociedades y que conduce a la extinción de todas o de alguna de ellas y a la integración de sus respectivos patrimonios y socios en una sociedad ya preexistente o de nueva creación.³³

Como es sabido el régimen tributario de las operaciones de fusión, escisión, aportación de ramas de actividad y canje de valores es objeto de regulación en el Capítulo VIII del Título VII del RDLeg. 4/2004, de 5

³² Señala a este respecto el art. 15.2.párrafos 2º y 3º del TRLRPFPP que *"será admisible que las normas del fondo de pensiones prevean que, en caso de liquidación del mismo, todos los planes deban integrarse en un único fondo de pensiones. En todo caso serán requisitos previos a la extinción de los fondos de pensiones la garantía individualizada de las prestaciones causadas y la continuación de los planes de pensiones vigentes a través de otro u otros fondos de pensiones ya constituidos o a constituir"*.

³³ En palabras de URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 395, *"la fusión supone la desaparición de la diversidad formal previa; o bien desaparecen todas las sociedades precedentes, o bien, en el caso de la absorción, se extinguen todas menos la absorbente"*.

de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS). Es concretamente el artículo 83 del TRLIS el encargado de definir cada una de las operaciones que integran este régimen especial, sirviéndose del término "entidad" para referirse a aquellos sujetos que participan en las mismas, si bien se trata de una expresión que comprende únicamente a las sociedades mercantiles.

En todo caso debe quedar claro que el citado régimen tributario especial no se aplica exclusivamente a aquellas operaciones en las que participen sociedades mercantiles, pudiendo proyectarse igualmente sobre aquellas otras en las que intervengan sujetos pasivos del IS que no tengan la forma jurídica de sociedad mercantil, siempre y cuando se originen resultados equivalentes a los derivados de las operaciones citadas en dicho precepto. De este modo podrían quedar englobadas diversas operaciones económicas llevadas a cabo por entidades que tradicionalmente han estado ligadas a actuaciones ajenas al tráfico mercantil pero que, en la actualidad, junto a la finalidad para la que originariamente fueron diseñadas, desarrollan determinadas actividades económicas que figuran organizadas como empresas.³⁴

Los fondos de pensiones tienen la consideración de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, si bien tributan a un tipo cero de gravamen. Así lo establece el art. 30 del TRLRPFPP, a cuyo tenor *"los fondos de pensiones constituidos e inscritos según lo requerido por la presente Ley estarán sujetos al Impuesto sobre Sociedades a un tipo de gravamen cero teniendo, en consecuencia, derecho a la devolución de las retenciones que se les practiquen sobre los rendimientos del capital mobiliario"*³⁵. Este mismo criterio queda recogido en el art. 28.6 del TRLIS.

Ahora bien, ¿Hasta qué punto resultan idóneas en relación con los mismos las operaciones de fusión? ¿Qué consecuencias podrían llegar a originar una hipotética fusión de fondos de pensiones sobre los derechos de los partícipes y beneficiarios a continuar o no en el fondo de pensiones? ¿Resultaría posible acometer una restitución de los derechos anticipados?

A priori las operaciones de fusión podrían calificarse como favorables para el futuro de los fondos, lo que posibilitaría su integración o compensación con la finalidad de alcanzar objetivos comunes y beneficiosos para todos ellos en aras de mejorar su rentabilidad, liquidez, dimensión, gestión, etc. Debido precisamente a ello resulta difícil de entender que el legislador decidiese someter a tributación dicha operación.

³⁴ Véase a este respecto NAVARRO EGEA, M., *Fiscalidad de la reestructuración empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 114 y ss.

³⁵ Ya con anterioridad, en la Exposición de Motivos de la antigua Ley 8/1987, se afirmaba que *"[...] Los Fondos de Pensiones no soportarán presión tributaria alguna, otorgándoseles el derecho a la devolución de las retenciones sobre los rendimientos de capital mobiliario que perciban"*.

Lo cierto es que, en la práctica, este tipo de operaciones de concentración empresarial pueden ser igualmente realizadas por entidades gestoras de los fondos, dada su consideración como sociedades anónimas cuya actividad exclusiva consiste en la administración de aquéllos siempre y cuando, habiendo obtenido autorización administrativa previa, reúnan el conjunto de requisitos que establece el TRLRFPF¹⁶. Así las cosas, y a pesar de que el citado Texto Refundido no prevé la posibilidad de que dichas entidades gestoras de los fondos de pensiones puedan realizar tales estrategias de reagrupación, en la medida en que las operaciones de concentración empresarial pueden llegar a reforzar la posición en el mercado (favoreciendo además los ahorros de gestión), dichas entidades gestoras de fondos de pensiones estarían facultadas para acometer operaciones de reestructuración empresarial.

Desde nuestro punto de vista aquellas operaciones de reestructuración que afectasen a los fondos de pensiones podrían considerarse como un supuesto de "fusión impropia", ya que carecen de uno de los requisitos esenciales de estos procedimientos, como es el de la ausencia de personalidad jurídica. Recuérdese que con el citado término se designa a aquellas operaciones de concentración empresarial efectuadas bajo el denominador común de la carencia de alguna de las características esenciales de la fusión. Se trata, concretamente, de operaciones que constituyen procedimientos jurídicos de concentración de empresas propios del Derecho de Sociedades (al margen de que, en ocasiones, resulten semejantes a otros procedimientos genéricos de transmisión de empresa) que, como hemos indicado, carecen de alguna de las notas configuradoras de las operaciones de fusión propiamente dichas.¹⁷

Pues bien, a pesar de que nada se señala a este respecto en el TRLRFPF, consideramos que los fondos de pensiones podrían acometer estas estrategias de reagrupación a las que venimos refiriéndonos. Piénsese que, por ejemplo, la vigente Ley 35/2003, de 4 de noviembre,

¹⁶ Incluso este tipo de operaciones de concentración empresarial podrían llevarse a cabo por aquellas entidades aseguradoras o de previsión social que accedan a tal condición y que cumplan los requisitos legales previstos al efecto. Y es que de conformidad con lo dispuesto en el art. 24.2 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, "Cualesquiera entidades aseguradoras podrán fusionarse en una sociedad anónima de seguros, y las sociedades anónimas de seguros podrán absorber entidades aseguradoras, cualquiera que sea la forma que éstas revistan. Las mutuas y cooperativas a prima fija podrán, además, fusionarse en sociedades de su misma naturaleza y forma, y únicamente podrán absorber a otras entidades aseguradoras con forma distinta a la de sociedad anónima de seguros. Las mutuas de seguros y cooperativas a prima variable y las mutualidades de previsión social podrán también fusionarse en sociedades de su misma naturaleza y forma, y únicamente podrán absorber entidades aseguradoras de su misma forma jurídica".

¹⁷ Véase a este respecto, entre otros, VICENT CHULIA, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., tomo I, volumen 2, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 938 y ss.

reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, contempla la posibilidad de que puedan fusionarse fondos de inversión, ya sea mediante absorción o a través de la creación de un nuevo fondo.

¿Qué sucedería entonces con los derechos consolidados de los partícipes de los planes de pensiones adscritos al fondo? Con carácter general respecto de los fondos de inversión se prevé que los partícipes puedan ejercer el derecho de separación en el plazo de un mes a contar desde la comunicación del proceso de fusión, con reembolso de las participaciones sin gasto alguno. Sucede no obstante que dicha potestad no se permite para los fondos de pensiones. En efecto, la posibilidad de una restitución adelantada por parte del partícipe de sus derechos consolidados únicamente se prevé legalmente en supuestos excepcionales distintos de las operaciones de fusión de fondos.

Una alternativa a dicha situación sería la aplicación de aquellas disposiciones que la ley establece para los supuestos de disolución de los fondos de pensiones, en cuyo caso la extinción del fondo al que se hallan adscritos los distintos planes de pensiones determinaría la continuación de los mismos a través de la integración en otro fondo de la cuenta de posición de cada uno de los planes, sin que se reconozca a los partícipes una disposición plena y anticipada de sus respectivos derechos consolidados. Por el contrario, lo que se produciría en dichos supuestos sería una continuación de los planes vigentes a través de otro u otros fondos de pensiones ya constituidos o a constituir, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 15.3 del TRLRFPF. De este modo, ante una determinada fusión de fondos de pensiones, los partícipes dispondrían exclusivamente de la opción de integrarse en el nuevo fondo pudiendo además, en su caso, traspasar su cuota de participación a otro fondo de pensiones.

Finalmente conviene recordar que, dado que los fondos de pensiones no están sujetos a la Modalidad de Operaciones Societarias, no les serán de aplicación los beneficios tributarios previstos en el art. 45.I.B).10 del RDLeg. 1/1993 y relativos a la exención de las operaciones a que se refiere su art. 21 (fusión, escisión y aportación de activos). Esta circunstancia obliga a plantear las consecuencias fiscales de tales operaciones en el gravamen actual previsto para los documentos notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

3.2. La Tributación de los Fondos de Pensiones en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados

Tal y como hemos tenido oportunidad de manifestar a lo largo del presente trabajo, debido a la imposibilidad de encajar a los fondos de pensiones dentro de alguna de las entidades asimiladas a las sociedades

en la normativa del ITP y AJD cabe concluir que dichos instrumentos financieros no quedan sujetos al Impuesto sobre Operaciones Societarias.

Partiendo de la anterior conclusión procede analizar a continuación si resulta posible someter a gravamen las distintas operaciones comprendidas en el art. 30.2 del TRLRFPF dentro de la Modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITP y AJD.

Pues bien, dado que la submodalidad cuota fija del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados (IAJD) representa una exacción de carácter puramente formal plenamente compatible con los restantes conceptos incluidos en el RDLeg. 1/1993, no parece que deba plantearse ningún problema a este respecto. Por otra parte ha de quedar claro que la sujeción al Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados no determinará en ningún caso el abono del tributo, al ser aplicable la exención prevista al efecto.

Ello no obsta para que deban ser objeto de estudio los distintos supuestos declarados exentos por el TRLRFPF de cara a determinar la aptitud de los fondos de pensiones para realizar de forma autónoma el hecho imponible gravado, al margen de analizar, además, el reconocimiento de la subjetividad tributaria de los fondos de pensiones en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

En primer término hemos de referirnos a los actos de constitución de los fondos de pensiones. Con carácter general, y de cara a la aplicación del gravamen gradual, exige el art. 31.2 del TRLITP y AJD que se trate de primeras copias de escrituras que tengan por objeto cantidad o cosa valuable y que contengan actos o contratos inscribibles en el Registro Mercantil, no debiendo encontrarse además sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD) ni a las Modalidades de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Operaciones Societarias del ITP y AJD.

Los fondos de pensiones se constituyen mediante escritura pública otorgada por la entidad promotora, hallándose asimismo inscritos en un Registro Administrativo especial y en el Registro Mercantil. ¿Significa ello que el acto de constitución de un fondo de pensiones formalizado mediante escritura pública tiene por objeto cantidad o cosa valuable? Tal y como ha señalado a este respecto VILLARÍN LAGOS³⁸, "se entiende que en un acto o contrato concurre tal circunstancia cuanto tiene un contenido inmediatamente económico al contener relaciones jurídicas sobre bienes patrimoniales". Estamos de acuerdo

³⁸ VILLARÍN LAGOS, M., *La tributación de los documentos notariales en el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 130.

con esta apreciación. Lo que determina que un acto o contrato pueda ser valorado económicamente es que el bien sobre el que se establezca la relación jurídica contenida en el acto o contrato cuente con una valoración económica.

Sucede no obstante que la mayoría de los fondos de pensiones carecen de un patrimonio inicial. De hecho, en el instante de su constitución únicamente cabe hablar de la existencia de meras estructuras formales idóneas para la ulterior integración de los planes adscritos a los mismos. Ello explica que las aportaciones efectuadas por los promotores y partícipes ingresen en el fondo tras la oportuna adscripción.

Tan sólo en el caso de los llamados "fondos abiertos" cabe aludir a la existencia de un patrimonio inicial mínimo que posibilite una eventual sujeción al gravamen gradual de AJD. En efecto, respecto de esta clase de fondos estimamos que sí que concurrirían los distintos requisitos de los que depende la sujeción al gravamen de la cuota variable. Y es que, en primer lugar, el acto de constitución de los fondos se formaliza en escritura pública susceptible de quedar inscrita en el Registro Mercantil y en un registro especial administrativo. Y, en segundo término, se trata de un acto que tiene por objeto directo una cantidad o cosa valuable susceptible de determinación, no hallándose además sujeto al ITP y AJD en sus Modalidades de TPO y de OS.

Por otra parte, y con independencia de lo anterior, creemos que la escritura pública de constitución de los fondos de pensiones estará sujeta a la modalidad de cuota fija que, sobre los documentos notariales, establece el art. 31.1 del RDLeg. 1/1993. Es más, se trata de una sujeción efectiva que no quedaría amparada por la exención prevista en el TRLRFPF ya que, tal y como establece el apartado II del art. 45.I.C) del RDLeg. 1/1993, "los beneficios fiscales no se aplicarán en ningún caso [...] a las escrituras, actas o testimonios notariales gravados por el artículo 31, apartado primero".³⁹

Por lo que respecta a las operaciones de aumento y disminución de los fondos de pensiones, ¿procedería igualmente su sujeción al gravamen variable del IAJD? *A priori*, para poder estimar realizado el hecho imponible, habría de tener lugar como presupuesto jurídico inexcusable la formalización notarial e inscripción en el Registro Mercantil de todas y cada una de las aportaciones efectuadas al

³⁹ Como bien ha señalado MARTÍNEZ LAFUENTE, A., *Manual del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados*, ob. cit., p. 462, se trata de una modalidad de gravamen estrictamente documental cuyo objeto lo constituye el soporte documental en el que se plasma la actividad notarial, siendo en consecuencia compatible con el tributo que incide sobre el acto, contrato o negocio jurídico que refleje la declaración de voluntad que autoriza el notario.

fondo de pensiones, así como de los reembolsos obtenidos. Sin embargo parece difícil que pueda llegar a concurrir alguna de las exigencias indicadas, tratándose de operaciones consistentes en entradas o salidas en el activo de los fondos. Nos inclinamos por la no sujeción de las operaciones de aumento y disminución de los fondos de pensiones al gravamen gradual de AJD.

¿Y qué sucede con las operaciones de prórroga de la duración de una entidad? En un primer momento la prórroga de las sociedades constituyó un acto sujeto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales en su Modalidad de Operaciones Societarias, hasta que se produjo su supresión por la Ley 32/1980, de 21 de junio. En la actualidad dispone el art. 75.3 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD, que *"las primeras copias de escrituras notariales que incorporen las operaciones no sujetas a la modalidad de operaciones societarias de prórroga o transformación de sociedad tributarán por la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados sobre la base del haber líquido de la sociedad en el momento de la adopción del acuerdo"*.

A la luz de la actual regulación cabría estimar que nos hallamos ante un acto modificativo susceptible de quedar subsumido dentro del gravamen gradual del IAJD en tanto en cuanto la escritura presenta un claro contenido valuable motivado por el marcado carácter económico de la prórroga. Ahora bien, dentro de las menciones que necesariamente ha de contener la escritura de constitución no figura el plazo de duración de los fondos de pensiones, de lo que parece deducirse que estos se constituyen por tiempo ilimitado, no siendo en consecuencia aplicable la figura de la prórroga.

Analicemos a continuación las operaciones de disolución del fondo. Desde nuestro punto de vista, en la medida en que el acuerdo en cuestión se formalice mediante escritura pública y se inscriba en el Registro Mercantil, la operación quedará sujeta a la cuota variable del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, estando integrada la cantidad o cosa valuable por el patrimonio del fondo en el instante de la disolución. Ciertamente el TRLRPPF nada dispone acerca de si el acuerdo de disolución del fondo ha de formalizarse mediante escritura pública. Sin embargo, a tal conclusión puede llegarse mediante lo dispuesto en el art. 292 del Reglamento del Registro Mercantil, a cuyo tenor *"la inscripción de la constitución, de la modificación de las normas de funcionamiento, de la sustitución de la entidad gestora o depositaria, de la delegación de facultades de representación, de la disolución y liquidación del Fondo y del contrato que determine la movilización de un plan de pensiones se practicará en virtud de escritura pública"*.

En suma, debe reconocerse la aptitud de los fondos de pensiones para realizar de forma autónoma el presupuesto de hecho gravado en alguna de las operaciones incluidas en el art. 30.2 del TRLRPPF. Cuestión distinta es la relativa a la subjetividad tributaria de los fondos de pensiones de cara a quedar sujetos al gravamen impuesto a los documentos notariales.

Señala el art. 28 del RDLeg. 1/1993 que *"están sujetas las escrituras, actas y testimonios notariales, en los términos que establece el artículo 31"*. Nótese por tanto como el legislador lleva a cabo una regulación del hecho imponible en la que se obvia toda referencia al elemento subjetivo del mismo. Por su parte el art. 29 del TRLITP y AJD se encarga de precisar que *"será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan"*. Efectúa así el legislador una determinación del sujeto pasivo en virtud de la cual se alude, en primer término, al adquirente del bien o derecho, atribuyéndose en su defecto tal condición a las personas que insten o soliciten los documentos notariales o, en su caso, a aquéllos en cuyo interés se expidan.

Ninguna mención se contiene, por el contrario, a la posibilidad de que los entes sin personalidad jurídica puedan realizar el hecho imponible del Impuesto. Y tampoco se requiere de manera inexcusable la concurrencia de la condición de persona en el sujeto pasivo, a la que únicamente se alude incidentalmente.

¿Hemos de entender que los fondos de pensiones tienen la consideración de sujetos pasivos del IAJD? En nuestra opinión así es, máxime si tenemos en cuenta que lo que se persigue a través del citado gravamen no es sino controlar la existencia de actos o contratos caracterizados por la existencia de un contenido económico independiente del sujeto que los realiza. A mayor abundamiento, existe una aptitud para realizar el hecho imponible en algunos de los supuestos sometidos a gravamen si bien, como ya precisamos en su momento, dicha sujeción no determina la imposición de gravamen alguno, al operar la exención contenida en el art. 30.2 del TRLRPPF.

Quizás la única particularidad susceptible de llegar a plantearse sea la relativa a los procesos de fusión de fondos. Y ello debido a que en dichos supuestos no opera la exención del art. 30.2 del TRLRPPF, al no quedar incluidas las operaciones de fusión dentro del citado precepto. Dicha circunstancia determinaría, en nuestra opinión, el sometimiento a gravamen del *negotium* notarial derivado de la realización de estos procesos de concentración empresarial.

3.3. La tributación de los fondos de pensiones en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas

¿Qué incidencia presentan las operaciones efectuadas por los fondos de pensiones en la modalidad impositiva de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD? Creemos que la sujeción a gravamen de los fondos de pensiones por la citada modalidad ha de ser estudiada desde una doble perspectiva. En primer lugar, a la luz de su aptitud para realizar autónomamente el presupuesto de hecho del tributo. Y, en segundo término, sobre la base del reconocimiento de la subjetividad tributaria de los entes sin personalidad jurídica.

Analicemos la primera de las cuestiones planteadas. Con carácter general cabe estimar que la aptitud de los fondos de pensiones para realizar, como tales entidades, diversas adquisiciones, se concreta a través de la posibilidad existente de practicar en el Registro de la Propiedad la inscripción de los bienes inmuebles y de los derechos reales que obtengan. En este sentido ya el art. 11 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, se encargó de precisar que *"el acta de inscripción se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos"*.

Por lo que respecta al reconocimiento de la aptitud de los fondos de pensiones para ser sujetos pasivos de la Modalidad Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPyAJD conviene tener presente que el art. 7 del RDLeg. 1/1993 califica como tales a *"las transmisiones onerosas por actos inter vivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas"*. Nótese en consecuencia que, con independencia de la alusión a la personalidad contenida en el citado precepto, el legislador se está refiriendo al hecho de que los desplazamientos han de proceder de personas físicas o jurídicas. Nada se precisa pues, como bien señala BAYONA GIMÉNEZ⁴⁶, acerca de que en los sujetos pasivos del Impuesto deba concurrir la cualidad de persona.

Por su parte el art. 8 del TRLITPyAJD incorpora una enumeración de los sujetos pasivos del Impuesto, a título de contribuyente, y en relación con cada una de las distintas figuras sometidas a gravamen. Pues bien creemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el citado precepto, podría defenderse la posibilidad de que los entes sin personalidad jurídica puedan adquirir la condición de contribuyentes, siempre

⁴⁶ BAYONA GIMÉNEZ, J. J., *Tributación de la comunidad de bienes*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 247.

y cuando realicen el presupuesto de hecho del tributo. Y ello debido a que en ningún momento circunscribe el legislador la condición de sujetos pasivos exclusivamente a las personas. Únicamente se alude a la personalidad en la letra b) del citado art. 8 del RDLeg. 1/1993, al hilo de los expedientes de dominio, las actas de notoriedad, las actas complementarias de documentos públicos y las certificaciones reguladas en el art. 206 de la Ley Hipotecaria, atribuyéndose la condición de sujeto pasivo a aquella persona que los promueva.

4. LA TRIBUTACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN EL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

De conformidad con lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, tienen la consideración de operaciones sujetas al mismo las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del citado Impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, y en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluidas aquéllas efectuadas en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen. Dicho precepto ha de complementarse con lo establecido en el art. 5. Dos de la LIVA, en cuyo apartado primero se contiene el concepto de empresario o profesional. Por su parte la subjetividad tributaria de los entes sin personalidad jurídica se halla reconocida de manera expresa en el art. 84. Tres de dicha Ley, que incorpora una fórmula de carácter idéntico a la contenida en el art. 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

¿Constituye la carencia de personalidad jurídica de los fondos de pensiones un obstáculo insalvable de cara a su sometimiento a gravamen por el IVA? Desde nuestro punto de vista la respuesta a esta cuestión ha de ser necesariamente negativa. A ello se ha de añadir, además, el dato de que el art. 7 de la Ley 37/1992, a la hora de regular las operaciones no sujetas al Impuesto, no incluye las realizadas por los fondos de pensiones, en base a lo cual podría pensarse que estos entes carecen de inconveniente alguno que imposibilite su sujeción al IVA. Cuestión distinta es la relativa a la necesidad de que las entregas de bienes y prestaciones de servicios sean realizadas por empresarios y profesionales en el desarrollo de su actividad económica.

Tal y como tuvimos oportunidad de manifestar con anterioridad, no creemos que los fondos de pensiones lleven a cabo verdaderas actividades empresariales. En consecuencia estimamos que estos fondos no están sujetos al IVA, al no concurrir en ellos el elemento subjetivo

del hecho imponible. Ciertamente, en el supuesto de que dichos fondos invirtiesen parte de su patrimonio en bienes inmuebles (caso, por ejemplo, de locales de negocio) que, con posterioridad, fuesen destinados al alquiler, sí que podrían quedar sujetos al citado Impuesto, ya que estarían adquiriendo la condición de empresarios o profesionales que establece el art. 5.1.c) de la Ley 37/1992, de conformidad con el cual "Se considerarán empresarios [...] quienes realicen una o varias entregas de bienes o prestaciones de servicios que supongan la explotación de un bien corporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo". Sin embargo se trata de una opción altamente improbable.

Por otra parte, tratándose de Entidades Gestoras de planes y fondos de pensiones, y dada la diversidad de funciones que la normativa reguladora de estos instrumentos financieros atribuye a dichas entidades, debe concluirse que las mismas realizan prestaciones de servicios sujetas al Impuesto, al margen de que se hallen amparadas por la exención reconocida en el art. 20.1.18.n) de la Ley 37/1992 a las operaciones de gestión de los fondos de pensiones constituidos de acuerdo con su legislación específica.

EL PROCESO MONITORIO EUROPEO

COMENTARIOS

Resumen: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Regulación y objetivos. IV. Antecedentes. V. La competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. VI. El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia penal. VII. Conclusión.

REGULACIÓN Y OBJETIVOS

1.1. Antecedentes

Para lograr la mayor rapidez y eficacia en el cooperaración judicial civil, en el seno de la Unión europea se han creado dos objetivos prioritarios: el primero consistiría en la supresión del reconocimiento de homologación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y que la permitiera la aplicación, entre otros instrumentos de los Reglamentos 13/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Reg. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia mercantil y de insolvencia personal, sobre los ámbitos comunes y el Reglamento 805/2004 de 21 de abril que establece un título «Certificado europeo para créditos en...

La Ley 13/2003, de 15 de mayo, de modificación de la Ley 1/1982, de 1 de mayo, de impugnación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el ámbito de la Unión Europea.

del hecho reprochable. Ciertamente, en el supuesto de que dichos actos hubieran sido realizados por el demandado en territorio nacional, por ejemplo, de locales de negocio) que, con posterioridad, fueron destruidos al alquilar el que produce quedar sujetos al estado español, ya que estos actos habrían tenido la naturaleza de progresivos o permanentes que establece el art. 9.1.c) de la Ley 37/1995, de conformidad con el cual "Se entenderán como progresivos [...] aquellos realizados una o varias veces en forma o por medio de sucesos que impliquen la explotación de un bien corporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo". Sin embargo se trata de una opción de sistema impropia de...

Por otra parte, tratándose de Estados Unidos de América y Finlandia se encuentran en el ámbito de aplicación de la Ley 37/1995, de conformidad con el art. 9.1.c) de la Ley 37/1995, de conformidad con el cual "Se entenderán como progresivos [...] aquellos realizados una o varias veces en forma o por medio de sucesos que impliquen la explotación de un bien corporal con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo". Sin embargo se trata de una opción de sistema impropia de...

EL PROCESO MONITORIO EUROPEO

POR
CARLOS SÁNCHEZ MARTÍN

Sumario: 1. REGULACIÓN Y OBJETIVOS. 1.1. Antecedentes. 1.2. Objetos. 1.3. Regulación. El Reglamento 1896/2006. 1.4. Caracteres. 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2.1. Asuntos transfronterizos. 2.2. Ámbito territorial de aplicación. 2.3. Supuestos incluidos por razón de la materia y de la cuantía. 2.4. Exclusiones. 3. REQUISITOS. 3.1. Requisitos objetivos. El crédito. 3.2. Requisitos subjetivos. 3.2.1. Competencia judicial. 3.2.2. Partes. 4. TRAMITACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO. 4.1. Petición del Requerimiento de pago: Requisitos y supuestos. 4.2. Examen de la petición. 4.2.1. Complemento o rectificación de la petición. 4.2.2. Modificación de la petición. 4.3. Desestimación de la petición. 4.4. Expedición del requerimiento de pago. 4.4.1. Notificación del requerimiento al demandado. 4.5. Posturas del demandado ante el requerimiento de pago y continuación del proceso. 4.5.1. Pago. 4.5.2. Falta de contestación. Declaración de ejecutividad del requerimiento de pago. 4.5.3. Revisión del requerimiento en casos excepcionales. 4.5.4. Oposición. 5. LA EJECUCIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO EUROPEO. 5.1. Suspensión o limitación de la ejecución. 6. Gastos, costas y tasas judiciales.

1. REGULACIÓN Y OBJETIVOS

1.1. Antecedentes

Para lograr la mayor rapidez y eficacia en la cooperación judicial civil, en el seno de la Unión europea se han fijado dos objetivos prioritarios: el primero tendente a la supresión del *exequatur* mediante la simplificación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil y que ha permitido la aprobación, entre otros instrumentos, de los Reglamentos 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹, Reg 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes y el Reglamento 805/2004, de 21 de abril, que establece un título ejecutivo europeo para créditos no

¹ La ley 62/2003, de 30 de diciembre ha modificado el Art. 955 LEC 1881, aún en vigor, atribuyendo la competencia objetiva para conocer del *exequatur* a los juzgados de Primera Instancia, en lugar de a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

impugnados. El segundo objetivo se dirige a la armonización del Derecho Procesal Civil y ha permitido culminar el Proceso Monitorio Europeo², cuya consecución fue precedida de la elaboración de un Libro Verde presentado por la Comisión el 20 de diciembre de 2002, que abarcaba los distintos procesos monitorios europeos.

Estos objetivos derivan del principio comunitario de reconocimiento mutuo entre los Estados miembros, que fue impulsado con motivo del Consejo Europeo en Tampere³, como elemento necesario para conseguir en la Unión un espacio de libertad, seguridad y justicia, superando el estrecho marco del hoy derogado Convenio de Bruselas.

En las conclusiones de este Consejo se abogó por la construcción de un auténtico espacio europeo de Justicia, que facilitase la efectividad de los derechos de los ciudadanos europeos, superando los obstáculos que pudieran derivar de la incompatibilidad o complejidad de los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

En concreto, en el ámbito del proceso monitorio europeo, el requerimiento europeo de pago que se apruebe, si el deudor no se opone ni paga la deuda, es ejecutable en cualquier país miembro sin necesidad de *exequatur*, ni tan si quiera habrá de certificarse como Título Judicial Europeo. Este proceso supone, así, un paso decisivo en el objetivo de conseguir una auténtica equivalencia entre las decisiones de los distintos Estados miembros bajo el principio de confianza recíproca.

1.2. Objetivos

El art. 1 del Reglamento del Proceso Monitorio define los dos objetivos que se pretenden con su implantación. El primero de ellos es el de simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados. El segundo pretende permitir la libre circulación de requerimientos de pago entre los Estados miembros, sin necesidad de un proceso intermedio de reconocimiento y ejecución.

² En base a este objetivo se han aprobado el Reglamento 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, y Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos judiciales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil.

³ Conclusión n.º 33 elaborada por el Consejo Europeo en Tampere el 15 y 16 de octubre de 1999.

Se busca, de esta forma, superar las dificultades que para los operadores económicos suponen las reclamaciones de créditos, previsiblemente no impugnables, cuando existe un componente o elemento transfronterizo, entre ellas, el desconocimiento de los Ordenamientos de los Estados Miembros, la duración excesivamente larga del proceso de notificación de los documentos judiciales a las partes domiciliadas en otro Estado y el coste que supone la traducción de estos documentos a otras lenguas.

1.3. Regulación. El Reglamento 1896/2006

Los objetivos expuestos precisan del establecimiento de un proceso de carácter uniforme, que permita que a un acreedor que pretenda el cobro de un crédito pecuniario, líquido, vencido y exigible, le resulte igual de sencillo invocar la jurisdicción de su país que la de cualquier Estado miembro. Para conseguir esta finalidad, el procedimiento monitorio europeo ha sido introducido a través del Reglamento Comunitario, instrumento que no reemplaza la normativa interna y que, por tanto, convierte a este procedimiento en un instrumento complementario, que no impide al acreedor utilizar cualquier otro procedimiento, con arreglo a su Derecho Nacional (art. 1.2 RPME). El Reglamento, en consecuencia, no obliga a los Estados a renunciar a su legislación vigente sobre procedimientos para el cobro de deudas no impugnadas, ni a modificar esta legislación para adaptarse al Derecho Comunitario.

El Reglamento suprime el *exequatur*, permitiendo el reconocimiento y ejecución de la resolución de forma automática sin procesos intermedios y se basa en la utilización de formularios que facilitan el acceso a la justicia y aligeran la carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales.

De conformidad con el art. 33 RPME, aunque el Reglamento entró en vigor desde el día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, será aplicable a partir del 12 de diciembre de 2008, con excepción de los arts. 28, 29, 30 y 31, que son aplicables desde el 12 de junio de 2008. Tales preceptos contienen, en general, normas sobre la obligación de información dirigida a los Estados miembros para que el Reglamento sea operativo.

El art. 26 dispone que todas las cuestiones procesales no contempladas en el Reglamento se regirán por el Derecho nacional del Estado miembro competente para expedir el requerimiento de pago, precepto que viene a consagrar el principio de subsidiariedad de las normas del Derecho procesal interno para aquellas cuestiones de índole adjetiva

no reguladas en el texto normativo. En este marco, el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial remite a las reglas del juicio monitorio nacional, la regulación de estas cuestiones.

1.4. Caracteres

En el Proceso Monitorio Europeo se pueden destacar las siguientes notas:

1. Se trata de un procedimiento uniforme y completo que se remite supletoriamente a los Derechos nacionales (art. 26 RPME).
2. Es un proceso facultativo que no impide al acreedor acudir a los distintos procesos que pudieran existir en cada Estado conforme a su Derecho nacional. En este sentido, el considerando 10º del preámbulo determina que: *"El proceso establecido mediante el presente Reglamento debe constituir un medio complementario y opcional para el demandante, que conserva plena libertad de recurrir a los procedimientos establecidos en el Derecho nacional. Por lo tanto, el presente Reglamento no sustituye ni armoniza los mecanismos de cobro de créditos no impugnados existentes en el Derecho nacional"*. El art. 1.2, al definir el objeto del RPME, señala que el mismo *"no obstará para que un demandante reclame un crédito, según la definición del artículo 4, mediante el recurso a otro proceso establecido con arreglo al Derecho de un Estado miembro o con arreglo al Derecho comunitario"*.
3. El proceso se tramita por medio de formularios. El considerando 11º del Preámbulo del RPME determina que *"el proceso debe basarse, en la mayor medida de lo posible, en el uso de formularios para cualquier comunicación entre los órganos jurisdiccionales y las partes, con el fin de facilitar su administración y permitir el procesamiento automático de datos"*. A tal efecto, el Reglamento contempla hasta siete formularios incluidos en otros tantos anexos:

- Anexo I, Petición de requerimiento europeo de pago (llamado formulario A).
- Anexo II, Solicitud al demandante de que complete o rectifique una petición de requerimiento europeo de pago (llamado formulario B).
- Anexo III, Propuesta de que el demandante modifique una petición de requerimiento europeo de pago (llamado formulario C).

- Anexo IV, Decisión de desestimación de una petición de requerimiento europeo de pago (llamado formulario D).
- Anexo V, Requerimiento europeo de pago (llamado formulario E).
- Anexo VI, Oposición al requerimiento europeo de pago (llamado formulario F).
- Anexo VII, Declaración de ejecutividad (llamado formulario G).

Con carácter obligatorio se exige la presentación de tales formularios para: la petición inicial de requerimiento de pago (art. 7.1), la solicitud del órgano al demandante para que complete o rectifique la petición (art. 9.1), la propuesta al demandante para que modifique la petición de requerimiento de pago (art. 10.1), la desestimación de la petición (art. 11), la expedición del requerimiento europeo de pago (art. 12.1) y para la declaración de ejecutividad de éste (art. 18.1). El formulario E, dirigido a la formulación por el demandado de la oposición al requerimiento de pago no resulta obligatorio, pudiendo presentar esta oposición mediante cualquier otra forma escrita que se exprese claramente.

El artículo 30 RPME prevé la modificación de los anexos, estableciendo que los *"formularios que figuran en los anexos se actualizarán o adaptarán técnicamente, garantizando su plena conformidad con las disposiciones del Reglamento, con arreglo al procedimiento mencionado en el artículo 31, apartado 2"*.

4. Es un proceso que aunque tiene naturaleza jurisdiccional, no pretende la declaración del derecho de crédito, sino la protección del mismo mediante la expedición del requerimiento de pago⁴. Pese a su naturaleza jurisdiccional, no es un proceso que obligatoriamente haya de atribuirse a un Juez si se atiende al considerando 16 del Preámbulo, *"El órgano jurisdiccional debe examinar la petición, incluida la cuestión de la competencia y la descripción de los medios de prueba, sobre la base de la información contenida en el formulario de petición. De esta forma, el órgano jurisdiccional podría examinar "prima facie" los fundamentos de la petición y, entre otras cosas, excluir peticiones manifiestamente infundadas o inadmisibles. No es necesario que sea un juez quien lleve a cabo dicho examen"*.

En el Procedimiento Monitorio español se atribuye la expedición del requerimiento de pago a la competencia del juez,

⁴ GONZÁLEZ CANO, M^a ISABEL, "El Proceso Monitorio Europeo", Ed. Tirán lo Blanch, 2008.

debiendo acordar esta decisión por providencia (art. 813 LEC). Esta atribución obedece a la necesidad de que se examinen los documentos aportados con la petición, para verificar que sean los previstos en el apartado 2 del artículo 812 o constituyan, a juicio del tribunal, un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla (art. 815).

5. El monitorio europeo —si bien, no es una cuestión pacífica— adopta el denominado modelo sin prueba, aunque con ciertos matices. A diferencia del modelo español o el italiano, en el PME no ha de aportarse documento alguno junto a la solicitud. En la solicitud, únicamente, se debe aludir a la causa de pedir, incluida una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados (art. 7.1.d) y una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda (art. 7.1.e).
6. Inversión del contradictorio. Tanto el monitorio nacional como el europeo trasladan al demandado la carga de que surja el contradictorio, pues en caso de inactividad de éste, se consigue un título ejecutivo con fuerza de cosa juzgada. Esta nota provoca la obligación de informar al demandado de la necesidad presentar escrito de oposición si quiere impugnar la deuda.
7. La transformación del procedimiento en contencioso es renunciable para el actor, pudiendo desistir de su tramitación. Según el RPME, la presentación dentro de plazo del escrito de oposición, pondrá fin al proceso monitorio europeo y supondrá el traslado automático del asunto al proceso civil ordinario, salvo que el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al procedimiento (considerando 24). En el mismo sentido el art.17.1 RPME establece que *"En caso de que se presente un escrito de oposición en el plazo señalado en el artículo 16, apartado 2, el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen con arreglo a las normas del proceso civil ordinario que corresponda, a menos que el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso"*.

Inexistencia de límite cuantitativo a diferencia del monitorio español en el que se fija como tope máximo a reclamar, la cantidad de treinta mil euros⁵.

⁵ También contempla una cantidad máxima a reclamar el modelo austriaco, a diferencia de los monitorios italianos, francés y alemán.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

2.1. Asuntos transfronterizos

El art. 2.1 prevé que el Reglamento se aplique a los asuntos transfronterizos en materia civil y mercantil, definiendo por tales *"aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición"*. De acuerdo con esta previsión legal, por asunto transfronterizo se entiende aquél en el que, con independencia del tipo de asunto, el acreedor y el deudor están domiciliados o son residentes habituales en distintos Estados.

Según la definición dada en el art. 3 del Reglamento, la condición de asunto transfronterizo no depende de la materia que se vaya a tratar sino que toma como referencia el proceso y, en concreto, que alguna de las partes del proceso tenga su domicilio en un Estado distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición.

El concepto de domicilio se determinará con arreglo a lo dispuesto en los arts. 59 y 60 del Reglamento CE nº 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El momento pertinente para determinar si existe un asunto transfronterizo será aquél en que se presente la petición de requerimiento de pago. Ello supone que las posteriores alteraciones en los domicilios de las partes no afectarán a la procedencia del procedimiento, aunque el asunto pierda el carácter transfronterizo.

2.2. Ámbito territorial de aplicación

El presente Reglamento será de aplicación en cualquier Estado miembro con la excepción de Dinamarca.

2.3. Supuestos incluidos por razón de la materia y de la cuantía

El art. 2 del Reglamento precisa, en cuanto al ámbito material de aplicación, que el proceso monitorio se extenderá a las materias civil y mercantil con independencia del órgano jurisdiccional que conozca de ellas.

El concepto que se maneja de materia civil y mercantil no se asimila completamente al de nuestra legislación interna. Se trata de un concepto autónomo que responde en gran medida al que resulta de las materias cubiertas por el Convenio de Bruselas 1968 y el Reglamento 44/2001. La delimitación de lo que ha de considerarse civil o mercantil responde a un criterio material referido a las relaciones jurídicas que pueden tener dicho carácter, con independencia de los órganos u ordenes jurisdiccionales a los que se pueda atribuir el conocimiento de estas materias. El Derecho del Trabajo forma parte del ámbito competencial del Convenio de Bruselas y, por ende, del presente Reglamento, en consonancia con el carácter civil que tiene esta materia en determinados países —ej. Italia—. Por este carácter autónomo, resulta indiferente, a efectos de dicha calificación, que se atribuyan estas materias a uno u otro Tribunal, o a uno u otro orden jurisdiccional y así por ejemplo, en el ámbito del Reglamento 805/2004, si se certifica como título judicial europeo una sentencia que condena a un empresario al pago de determinados salarios, la ejecución de dicha Sentencia certificada corresponderá, con independencia de su objeto y del orden jurisdiccional social, al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado, según dispone al Disposición Adicional 21ª 5 LEC. En consecuencia, la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer del Proceso monitorio europeo, no dependerá tanto del carácter civil o mercantil que se dé a determinada materia, sino de la existencia de una norma de atribución de competencia concreta y de orden jurisdiccional.

Como ya se ha expuesto al aludir a los caracteres de este Procedimiento, no se limita en modo alguno la cuantía por la que puede acudirse a este procedimiento, a diferencia del Monitorio español, que fija ésta en 30.000 euros y el de otros países, como Austria, que lo limita también a 30.000 euros o Portugal, que fija este tope en 3.750 euros. Ello obedece a que este Procedimiento está diseñado para dar una solución satisfactoria a los supuestos de reclamación de créditos sin oposición, con independencia de su cuantía, pese al peligro que tal ausencia supone para el deudor, en el caso de revocación del requerimiento de pago.

2.4. Exclusiones

Del ámbito material del Reglamento, se excluyen, por un lado, las materias fiscales, aduaneras, administrativas y aquellas en las que el Estado u organismo público incurra en responsabilidad por los denominados "*acta iure imperio*". Dicha regulación coincide literalmente

con la normativa del título ejecutivo europeo y sustancialmente con la contenida en el art. 1 del Reglamento nº 44/2001, si bien en éste se incluyen materias como el arbitraje, los testamentos y las sucesiones que, por su propia naturaleza, nunca tendrían cabida en un proceso monitorio.

Por otro lado, dentro del ámbito mercantil o civil, el Reglamento no se aplicará a (art. 2.2):

- a. Los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y las sucesiones.
- b. La quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos.
- c. La seguridad social.
- d. Créditos derivados de obligaciones extracontractuales, a no ser que hayan sido objeto de acuerdo entre las partes, o haya habido un reconocimiento de deuda, o se refieran a deudas líquidas derivadas de una comunidad de propietarios.

La razón que justifica la exclusión de los asuntos de familia reside en que en ellos los Tribunales han de investigar de oficio los hechos, no conformándose con la falta de oposición del demandado. El Reglamento tampoco se refiere al estado y capacidad de las personas que sí aparece en Bruselas I y en el Reglamento sobre el TEE. La razón radica en que estos pleitos no suelen incluir deudas dinerarias. También quedan fuera los créditos que provienen de obligaciones extracontractuales, en cuanto a que su acreditación documental es más difícil, a excepción de las que sí pueden estar documentadas: las derivadas de un acuerdo o reconocimiento de deuda y las que nacen en una Comunidad de propietarios.

El Reglamento no se aplica a las deudas que no estén determinadas en su cuantía, ni a las obligaciones distintas a las dinerarias (de hacer, no hacer, etc.).

3. REQUISITOS

3.1. Requisitos objetivos. El crédito

El PME se establece para el cobro de créditos, no impugnados, de carácter pecuniario, por una cantidad determinada, sin límite cuantitativo, vencidos y exigibles en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago.

Se descarta la posibilidad de que a través de este proceso se puedan reclamar deudas de otra naturaleza, a diferencia de otros modelos de monitorio nacionales como el previsto por el Derecho Italiano, que aplica el monitorio para obligaciones de entrega de bienes muebles.

El crédito que se reclama podrá venir expresado en euros, o en moneda extranjera convertible.

Al igual que en el derecho interno, el legislador comunitario exige que el crédito lo sea por un importe determinado lo que no excluye que pueda fijarse por una simple operación aritmética, sin embargo, en la petición de requerimiento (art. 7. b RPME), es posible reclamar, además del importe de la deuda, los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas.

En la misma línea de otros modelos de monitorio como el alemán o austriaco, el RPME no exige que se aporte un principio de prueba para acreditar el fundamento de la pretensión, como se impone en otros países como Francia o Italia. Sí, en cambio, se requiere que, dentro del contenido formal de la petición, se haga una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda (art. 7.1e). La no necesidad de incorporar ningún medio de prueba, genuinamente documentos, permite que se facilite enormemente la posibilidad de la tramitación informática de este procedimiento, que permitirá una mayor rapidez y eficacia.

Pese a la existencia de diversas opiniones⁶, el Proceso diseñado no se identifica plenamente con ninguno de los dos modelos de monitorio existentes —con prueba y sin prueba—, adoptando una posición, que podemos definir de intermedia, en la medida en que si bien no se exige que se aporte una prueba concreta escrita que acredite la deuda —versión italiana o española—, siendo suficiente con que se describan los medios de prueba que la acrediten; sin embargo, tampoco presenta una asimilación total a los modelos “sin prueba” —versión alemana—, pues ante la petición de requerimiento, el órgano jurisdiccional deberá examinar, si bien no intensamente, el fondo de la pretensión para determinar si resulta fundada (art. 8), pudiendo expedir requerimiento de pago parcial, previa aceptación del demandante (art. 10).

En este sentido el considerando 13 de la exposición de motivos del RPME establece que *“En la petición de requerimiento europeo de pago, debe obligarse al demandante a que proporcione información suficiente*

⁶ Defiende esta posición CORREA DELCASSO, JUAN PABLO “COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO POR EL QUE SE ESTABLECE UN PROCESO MONITORIO EUROPEO” La Ley n° 6133, 23 de noviembre de 2004. Considera que esencialmente se trata de un modelo sin prueba, GONZÁLEZ CANO M^ª ISABEL, Op citada.

para poder determinar y justificar claramente la deuda, de forma que el demandado pueda decidir con conocimiento de causa si la impugna o no” y en el 14 que *“En este contexto, debe exigirse al demandante que aporte una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda. A tal efecto, el formulario de petición debe incluir una lista lo más exhaustiva posible de los distintos medios de prueba que se presentan habitualmente para acreditar deudas pecuniarias”*.

Es decir, en ningún caso ha de aportarse documento alguno junto a la solicitud y únicamente se debe aludir a la causa de pedir; incluyendo una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados (art. 7.1.d); y una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda (art. 7.1.e).

3.2. Requisitos subjetivos

3.2.1. Competencia judicial

Para la determinación de la Jurisdicción competente, el Reglamento hace remisión en general a las normas de Derecho comunitario aplicable y, en concreto, al Reglamento CE 44/2001 relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art.6.1), estableciendo, especialmente, la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde esté domiciliado el demandado, si éste es un consumidor que celebra un contrato para un fin que se pueda considerar ajeno a su actividad económica (art. 6.2).

El Reglamento 44/2001 fija, con carácter general, la competencia de los Tribunales del domicilio de los demandados, sin embargo en su art. 3, se dispone que *“las personas sólo podrán ser demandadas ante los Tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del Capítulo II del Reglamento”*. Teniendo en cuenta esta previsión y el necesario carácter transfronterizo del asunto, sólo se va a poder utilizar el PME cuando la competencia se fije en atención al Tribunal del domicilio del deudor si el acreedor tiene su domicilio en un Estado miembro distinto, acarreado severos inconvenientes de tener que desplazarse al otro Estado o valerse de un representante en éste. Tal previsión, con total seguridad, restará eficacia al Procedimiento.

Esta disposición sólo se aplicará cuando se pretendiere que el demandado tiene un derecho sobre el cargamento o el flete o que tenía tal derecho en el momento de dicho auxilio o salvamento.

El Reglamento 44/2001 permite que las partes pacten la sumisión expresa a determinados Tribunales (art. 23) y esta regla puede ser de aplicación al proceso monitorio europeo por la remisión que hace el art. 6.1 RPME. El propio art. 23.5 del Reglamento 44/2001 señala que no serán válidos los acuerdos atributivos de competencia si fueren contrarios a las disposiciones de los arts. 13, 17 y 21 o si excluyeren la competencia de Tribunales exclusivamente competentes en virtud del art. 22. Tampoco será válida la sumisión expresa cuando resulte un Tribunal competente distinto al del domicilio del consumidor; en el caso de las reclamaciones que se formulen contra él (art. 6.2 RPME), y, de igual forma, habremos de concluir que el Tribunal competente siempre ha de ser el de un Estado miembro distinto al del domicilio de cualesquiera de las partes, pues, si no fuera así, se perdería el carácter transfronterizo.

No es posible, sin embargo, defender la sumisión tácita en el PME. El órgano jurisdiccional al que se le presente una solicitud cuya competencia no se pueda fundar en los fueros competenciales vistos o en la sumisión expresa, deberá declararse incompetente y desestimar la solicitud. (arts. 26.1 RBI y 8 y 11 RPME).

En cuanto a las reglas de competencia objetiva, a falta de disposición expresa sobre este extremo y en tanto no se efectúe la comunicación prevista en el art. 29 RPME, en principio, tal competencia recaerá en los Juzgados de Primera Instancia, a la vista de la norma de competencia residual establecida en el art. 85.1 LOPJ. Ahora bien, tal norma ha de matizarse en relación a otros dos órganos: los Juzgados de la Mercantil y los Juzgados de lo Social.

En relación a los primeros se puede afirmar, en virtud del art. 86 ter LOPJ, que si la reclamación del crédito deriva de algunas de las materias que establece esta norma, podrían ser órganos competentes para conocer del Proceso monitorio Europeo, como se ha reconocido por la jurisprudencia de nuestras Audiencias para el conocimiento del Proceso Monitorio de la LEC, pese a la literalidad de su art. 813.

En igual sentido, si por las características del crédito reclamado se afectase a una materia propia de nuestro Derecho del Trabajo, habría que defender la competencia objetiva de los Juzgados de lo Social, con apoyo en la norma de competencia residual que para esta materia se atribuye a tales juzgados por el art. 93 LOPJ⁷. El Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial sigue este criterio al establecer una nueva regulación

⁷ A favor de esta postura LÓPEZ SÁNCHEZ, J., "JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN LOS MONITORIOS EUROPEOS SEGUIDOS EN ESPAÑA: LA INTRODUCCIÓN DE UN PROCESO MONITORIO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL", *Diario la Ley* N° 6865, 21 de enero de 2008.

de la Disposición Final Vigésimo Tercera de la LEC que prevé que "La jurisdicción y la competencia objetiva para la expedición de un requerimiento europeo de pago, regulado en el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, de lo Mercantil o de lo Social, en atención a la relación jurídica de la que se deriva el crédito pecuniario objeto de reclamación."

En relación a la competencia territorial esta misma disposición establece que la competencia territorial se determinará con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento CE 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y, en lo no previsto, con arreglo a la legislación procesal española. Se plantea la disyuntiva de aplicar los fueros generales de competencia establecidos en los arts. 50 y 51 LEC o el fuero específico del juicio monitorio previsto en el art. 813 LEC. La remisión a este último presenta el obstáculo de no prever la posible competencia de un Tribunal distinto al del domicilio del deudor —con la excepción de las reclamaciones por las Comunidades de propietarios— lo que plantea serias dificultades en los casos en los que se atribuye la competencia internacional a un Tribunal distinto del domicilio del deudor, como el domicilio del actor. Este fuero competencial, en cambio, sí se encuentra previsto en las normas generales de competencia. En el orden jurisdiccional social la norma de competencia territorial estaría prevista en el art. 10 LPL, atribuyéndose al Tribunal del lugar de prestación de los servicios o al del domicilio del demandado. El anteproyecto analizado remite al juicio monitorio español para la regulación de las cuestiones procesales no previstas en el Reglamento (CE) n° 1896/2006, con independencia del orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal.

Por lo que se refiere a la competencia para la ejecución del título ejecutivo obtenido mediante el PME en España, corresponderá al órgano que conoció del proceso monitorio, que, en opinión de algunos autores podría ser el Juzgado de primera Instancia, el Juzgado de lo Mercantil o el Juzgado de lo Social —arts. 61, 545 LEC y 235.2 LPL—. En el Anteproyecto, en cambio, se establece que la competencia para la ejecución en España de un requerimiento europeo de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado o del lugar de ejecución, siendo este órgano también competente cuando el requerimiento proviene de otro Estado miembro.

Dado el modelo de procedimiento monitorio que adopta el Reglamento, la facultad para expedir este requerimiento de pago

podría recaer en la figura del Secretario Judicial. Esta atribución permitiría aliviar la carga de trabajo de jueces y Tribunales además de realizar un adecuado control de las notificaciones producidas en el procedimiento, garantizando plenamente, por su adecuado conocimiento de esta materia y excelente preparación, el derecho de defensa del deudor. El Reglamento en el considerando 16 establece "El órgano jurisdiccional debe examinar la petición, incluida la cuestión de la competencia y la descripción de los medios de prueba, sobre la base de la información contenida en el formulario de petición. De esta forma, el órgano jurisdiccional podría examinar "prima facie" los fundamentos de la petición y, entre otras cosas, excluir peticiones manifiestamente infundadas o inadmisibles. No es necesario que sea un juez quien lleve a cabo dicho examen". Es decir, aun cuando se atribuye el proceso monitorio europeo al conocimiento del órgano jurisdiccional, declara, de forma abierta, que la admisibilidad no tiene necesariamente que ser atribución del juez⁶.

3.2.2. Partes

El Reglamento definitivamente aprobado, ha pretendido reforzar y asegurar las garantías procesales del derecho de defensa del deudor, en un doble ámbito. Por un lado se ha tratado de consagrar una información suficiente (art.12.4 RPME) sobre sus derechos, principalmente el de oponerse, y sobre las consecuencias que conlleva el requerimiento de pago que se expide en base a la información facilitada por el demandante, que se hará ejecutivo de no formular escrito de oposición. Por otro lado, se pretende que el requerimiento sea correctamente notificado al demandado, remitiéndose al régimen normativo de actos de comunicación previsto en el Derecho Nacional, pero cumpliendo las normas mínimas impuestas en los arts. 13 y 14 RPME.

En cuanto a la obligatoriedad de comparecer con asistencia letrada y representación de Procurador, el art 24RPME, en concordancia con la mayoría de los ordenamientos europeos, no exige, con carácter

⁶ A favor de esta postura, CABEZUDO BAJO, MARÍA JOSÉ "LA APROBACIÓN DE UN PROCEDIMIENTO MONITORIO EUROPEO" obra "EL TRIBUNAL SUPREMO, SU DOCTRINA LEGAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN", Estudios en homenaje del profesor Almagro Nosete. Ed. Iustel. En contra de la atribución al Secretario Judicial, ARIAS RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL y CASTAN PÉREZ M^a JESÚS, "ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO REGULADO EN EL REGLAMENTO (CE) N^o 1896/2006. Estos autores sostienen que la no atribución del Procedimiento, supone una limitación de las garantías del demandado y choca con el actual sistema constitucional.

obligatorio, la representación por un abogado u otro profesional del Derecho "del demandante en relación con la petición de requerimiento europeo de pago" y "del demandado en relación con la oposición a un requerimiento europeo de pago" y lo mismo debe entenderse para formular los escritos de rectificación, complemento (art. 9) o modificación (art. 10), pues, en definitiva, tales escritos vienen a integrar la petición inicial. Esta exigencia de no postulación alcanza exclusivamente a la presentación del escrito de oposición al requerimiento de pago, porque respecto del posterior proceso civil ordinario habrá que estar a lo que disponga la legislación estatal en donde se sustancie el mismo.

En el Proceso monitorio regulado por la LEC, se exige la postulación a través de abogado y procurador cuando el demandado presente escrito de oposición y la deuda exceda de 900 euros.

4. TRAMITACIÓN DEL PROCESO MONITORIO EUROPEO

4.1. Petición del requerimiento de pago: requisitos y supuestos

El art. 7 RPME regula el contenido de la petición inicial del requerimiento europeo de pago.

El requerimiento de pago se solicita mediante el formulario A que figura en el anexo I, constituyendo esta forma de presentación un requisito preceptivo u obligatorio. En esta petición se habrá de indicar:

- a. Los nombres y direcciones de las partes y, si procede, de sus representantes, así como del órgano jurisdiccional ante el cual se ha presentado la petición.
- b. El importe de la deuda, incluido el principal y, en su caso, los intereses, las penalizaciones contractuales y las costas.
- c. Si se reclaman intereses sobre la deuda, el tipo de interés y el período respecto del cual se reclaman dichos intereses, a menos que se añada de oficio un interés legal al principal en virtud del Derecho del Estado miembro de origen.
- d. La causa de pedir, incluida una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados.
- e. Una descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda.
- f. Los criterios de competencia judicial, y
- g. El carácter transfronterizo del asunto en el sentido del artículo 3.

En el caso de reclamarse intereses, además de desglosarlos del principal, se habrá de indicar el tipo de interés y el período en el que se exigen, a menos que la legislación nacional establezca de oficio un interés legal sobre la deuda. Será necesario establecer la causa de pedir y una breve descripción de su fundamento, tanto de la reclamación del principal como de los intereses. Se indicarán los criterios de la competencia judicial, lo cual resulta trascendente cuando el acreedor no esté domiciliado en el Estado de origen y, por último, se tendrán que justificar las razones de la índole transfronteriza del asunto, en el sentido del art.3 RPME.

La petición se puede realizar en papel o por cualquier otro medio de comunicación, incluido el soporte electrónico aceptado por el Estado de origen. El demandante firmará la petición, pudiendo hacerlo por representante. Cuando la petición se formula por soporte electrónico, se hará mediante firma electrónica en la forma establecida por el art. 2, apartado 2, de la Directiva 1999/93/CE, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. No se requerirá firma cuando exista un sistema electrónico de comunicación alternativo en el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que tenga acceso un determinado grupo de usuarios identificados, que permitan su identificación de un modo seguro. En consecuencia, siempre que se den las suficientes garantías de autenticidad, se podrán utilizar cualesquiera medios de comunicación, incluido el correo electrónico.

En nuestra LEC actualmente no está prevista la posibilidad de presentar demandas por vía telemática. Tal vía sólo se prevé para realizar actos de comunicación. El art. 29RPME establece que los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión los medios de comunicación aceptados a los fines del proceso monitorio y disponibles en los órganos jurisdiccionales. A tales efectos el Anteproyecto de reforma de la Ley Procesal establece que las notificaciones efectuadas por el tribunal con ocasión de la tramitación de un proceso monitorio europeo y de la expedición del requerimiento europeo de pago se llevarán a cabo con arreglo a lo dispuesto en la LEC, siempre que se trate de medios de comunicación previstos en el Reglamento (CE) n° 1896/2006, prioritariamente por medios informáticos o telemáticos y, en su defecto, por cualquier otro medio que también permita tener constancia de la entrega al demandado del acto de comunicación —vía fax, por ej.—.

4.2. Examen de la petición

Recibida la solicitud, el órgano jurisdiccional la examinará limitando su control a los requisitos que establece el art. 8 RPME, referidos al ámbito de aplicación (art. 2), carácter transfronterizo del asunto (art. 3), a los

requisitos del crédito (art. 4), competencia (art. 6) y a los requisitos formales de la solicitud contenidos en el art. 7. Además, y como mayor garantía para el demandado, verificará que la petición resulta fundada, pese a que no se exige aportar ningún tipo de prueba. Del resultado de este examen, dependerá que se estime o se desestime la solicitud de requerimiento europeo de pago. En consecuencia, se habrá de determinar que: la petición del requerimiento de pago está dentro del ámbito de aplicación del Reglamento por tratarse de un asunto transfronterizo de índole civil o mercantil, con independencia del órgano jurisdiccional, que el Tribunal es competente a tenor de lo establecido por el Reglamento CE n° 44/2001, que el crédito reúne los requisitos de determinación, exigibilidad y vencimiento en la fecha que se solicita el requerimiento y, además, que la petición de requerimiento contiene los requisitos formales enumerados en el art.7.2. El problema interpretativo radica en el alcance del examen que realiza el órgano jurisdiccional para verificar que la petición es fundada. El art. 11.1.b) RPME determina que el órgano jurisdiccional desestimaré la petición si es "manifiestamente infundada". El considerando 16 del Preámbulo, en relación a esta cuestión, establece que "el órgano jurisdiccional debe examinar la petición, incluida la cuestión de la competencia y la descripción de los medios de prueba, sobre la base de la información contenida en el formulario de petición. De esta forma, el órgano jurisdiccional podría examinar "prima facie" los fundamentos de la petición y, entre otras cosas, excluir peticiones manifiestamente infundadas o inadmisibles. No es necesario que sea un juez quien lleve a cabo dicho examen". Por otro lado, el apartado 4 del art. 12 RPME establece que, en el requerimiento de pago, se informará al demandado de que éste fue expedido "únicamente sobre la base de la información facilitada por el demandante, sin que la misma haya sido comprobada por el órgano jurisdiccional". Aunque este último precepto parece que sitúa al monitorio europeo en la órbita del modelo de proceso monitorio "sin prueba" y aunque evidentemente presente bastantes notas de éste, sin embargo ello no lleva a que se prescinda absolutamente de un examen del fondo de la petición, si bien este examen no será exhaustivo en la medida en que el órgano jurisdiccional no contará con más información sobre el crédito que la que le da el demandante en el formulario. Parece que este análisis se sitúa en un plano inferior al examen del fundamento de la pretensión que realiza el Tribunal Español en el proceso monitorio regulado por la LEC, al exigirse la acreditación de la deuda a través de algún documento tasado o que constituya un principio de prueba del derecho del peticionario (art. 813 LEC). En este punto y al hilo de la fundamentación de la petición, se ha de tener en cuenta la obligación que impone el Reglamento al demandante de indicar que la información suministrada es, a su leal saber y entender, verdadera, pudiendo acarrear

las sanciones que prevea el Derecho del Estado miembro en el caso de verter deliberadamente una declaración falsa. Sin embargo, la operatividad del precepto se torna relativa por la ausencia de tipicidad de dichas sanciones en muchos Estados miembros.

En consecuencia, el examen de la fundamentación de la deuda supondrá un control mínimo sobre la verosimilitud o credibilidad de la petición y no una evaluación pormenorizada que se reserva para el Procedimiento civil ordinario.

4.2.1. Complemento o rectificación de la petición

El órgano jurisdiccional podrá conceder al demandante la posibilidad de completar o rectificar la petición inicial (art. 9 RPME) si no se cumplieran los requisitos formales establecidos en el art. 7, a no ser que ésta sea manifiestamente infundada o inadmisibile. El órgano jurisdiccional utilizará al efecto el formulario correspondiente (el B que figura en el anexo II, del Reglamento). Dicho órgano especificará a tal efecto, un plazo de tiempo adecuado a las circunstancias del caso, pudiéndose prorrogar éste de manera discrecional. En caso de que falte la respuesta, se desestimará la solicitud (arts. 9 y 11 RPME). La subsanación se acordará por providencia, a la que se acompañará el Formulario B.

4.2.2. Modificación de la petición

El art. 10.1 RPME establece la posibilidad de que se pueda expedir un requerimiento parcial, si sólo es admisible y justificada una parte de la deuda. De este extremo se informará al demandante a través del Formulario C del anexo, que decidirá si admite tal posibilidad o la rechaza. Si la admite, renuncia al cobro del importe no cubierto por el ámbito del PME, pudiendo realizar esta reclamación través de los Procedimientos que prevea el Derecho nacional. Si la rechaza o no envía la respuesta en el plazo que se le dé, se desestimará íntegramente la solicitud. La propuesta sobre la aceptación parcial o rechazo se hará por auto, que deberá ir acompañado del formulario C.

4.3. Desestimación de la petición

El art. 11 RPME establece cuatro causas de desestimación de la petición:

La primera y la segunda se refieren a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos en los arts. 2, 3, 4, 6 y 7, y al carácter manifiestamente infundado de la petición.

El tercer motivo se relaciona con la previsión establecida en el art. 9 RPME de completar o rectificar la petición, si la solicitud no reúne los requisitos establecidos en el art. 7 y la petición no fuera manifiestamente infundada o inadmisibile. Si el demandante no evacua el requerimiento en el plazo que se le conceda, se desestimará la petición.

El cuarto y último supuesto, entra en conexión con lo que dispone el art. 10 RPME. Este precepto establece que, en el caso de que los requisitos previstos en el art. 8 sólo se cumplan respecto de una parte de la deuda, se informará de ello al demandante y se le invitará a aceptar o no la propuesta de requerimiento de pago por el importe que especifique el órgano jurisdiccional. Si lo acepta, se expedirá el requerimiento de pago, dejando el resto de la deuda a expensas de lo que establezca el Derecho nacional, pero si no lo acepta, o no contesta, se desestimará la solicitud.

La desestimación de la petición de requerimiento europeo de pago se adoptará mediante auto del tribunal, de conformidad con el artículo 11. Igualmente, se informará al demandante de los motivos de la desestimación en la forma prevista en el formulario D del Anexo IV del Reglamento (CE) n° 1896/2006. Dicho auto no será susceptible de recurso, si bien, por la ausencia de cosa juzgada, no se impedirá que el demandante efectúe una nueva petición de requerimiento europeo de pago, o utilice cualquier otro procedimiento previsto en su legislación nacional. (art. 11.3).

El término "desestimación" que utiliza el Reglamento resulta técnicamente incorrecto, en cuanto a que tal decisión se refiere al fondo de la pretensión, cuando la "desestimación" a la que se refiere el Reglamento, obedece a cuestiones formales. Por ello, hubiera sido más acertada la utilización de expresiones como "inadmitir" o "archivar".

4.4. Expedición del requerimiento de pago

El art. 12 RPME establece que se expedirá el requerimiento lo antes posible y, como regla general, en el plazo de treinta días desde la solicitud. El cómputo de este plazo excluirá el que se haya dado para rectificar o completar la solicitud.

El requerimiento se acordará por auto, acompañado del formulario E del anexo.

En el requerimiento se informará al deudor que éste será ejecutivo, a no ser que en el plazo de treinta días desde la notificación del requerimiento, reembolse la deuda o se oponga al mismo, presentando

escrito de oposición ante el órgano jurisdiccional de conformidad con lo establecido en el art. 16 RPME. También se le informará de que el requerimiento de pago se expide sobre la información de la deuda dada por el actor, sin que por el órgano jurisdiccional se haya comprobado la misma y que en caso de oposición, el proceso continuará conforme a las reglas del procedimiento ordinario, salvo que el actor hubiera solicitado que se ponga fin al proceso.

En esta misma línea, el considerando 18 del Preámbulo señala que *"Además de facilitar al demandado toda la información sobre el crédito facilitada por el demandante, se le debe advertir sobre la importancia jurídica del requerimiento europeo de pago y, en especial, las consecuencias de la no impugnación"*. Por ello se recalca que este deber de información resulta esencial en el PME, en la medida en que, si debidamente informado, deja correr el plazo para defenderse, el crédito adquiere la categoría de "no impugnado" y el acreedor obtiene un título ejecutivo sobre el mismo.

4.4.1. Notificación del requerimiento al demandado

En este procedimiento, la eficacia de la notificación reviste una gran importancia, si se tiene en cuenta que el requerimiento de pago es automáticamente ejecutivo si el demandado no contesta. Por ello, ha de asegurarse que se ha adoptado tal conducta de silencio de forma voluntaria y que el derecho de defensa no podrá ser vulnerado como consecuencia de una notificación irregular. A esta finalidad responde el establecimiento de unas normas mínimas en la materia por los arts. 13, 14 y 15 RPME. De igual forma, se ha de ser especialmente cuidadoso a la hora de proporcionar al demandado la información necesaria para que pueda articular su posición frente al requerimiento realizado.

La notificación del requerimiento de pago es, por tanto, una pieza clave y fundamental para la efectividad y legitimidad de todas las actuaciones posteriores del procedimiento, no pudiendo admitirse que se expida un requerimiento ejecutivo de pago con eficacia de cosa juzgada y basada en el silencio del demandado, cuando no existe seguridad de haber sido correctamente emplazado e informado de las consecuencias de su actuación en el procedimiento. El art. 12.5 RPME establece que el requerimiento se notificará al demandado de conformidad con el Derecho nacional, respetando los requisitos mínimos que establecen los arts. 13, 14 y 15. De esta forma, se pretende establecer una armonización de mínimos, que aseguren que al demandado le ha llegado la información que se le dirige.

Para la notificación del requerimiento de pago, ningún método de notificación que se base en una ficción legal del cumplimiento de

estas normas mínimas, debe considerarse suficiente. En consecuencia, no se admite la notificación edictal, que permite nuestro Derecho en el art. 164 LEC. Las normas mínimas referidas a los métodos de notificación se caracterizan por ofrecer, bien una certidumbre total (art. 13) o bien, un alto grado de probabilidad (art. 14) de que el documento notificado ha sido recibido por su destinatario. Sólo debe considerarse que la notificación personal a personas distintas del propio demandado, con arreglo al art. 14 1 letras a) y b) RPME, cumple con los requisitos previstos en ellas, si dichas personas han aceptado o recibido efectivamente el requerimiento europeo de pago.

Los arts. 13 y 14 RPME regulan el régimen de notificación del requerimiento europeo de pago. Ambos preceptos señalan, como punto de partida, que esta notificación, se hará al demandado de conformidad con el Derecho nacional del Estado en el que deba realizarse la notificación, empleando algunas de las formas que expresan dichos artículos. Por su carácter de normas mínimas, todo lo que no esté regulado por ellas, queda reservado al Derecho nacional.

El Reglamento distingue dos modalidades de notificación, con acuse de recibo por parte del deudor (art. 13) y sin él, si bien esta última sólo se admite cuando se conozca con certeza el domicilio del deudor (art. 14).

Según el artículo 13 RPME, el requerimiento europeo de pago podrá notificarse al demandado de conformidad con el Derecho nacional del Estado en el que deba realizarse la notificación, de alguna de las siguientes formas:

- a. Notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el demandado.
- b. Notificación personal acreditada por un documento, firmado por la persona competente que la haya realizado, en el que declare que el demandado recibió el documento o que se negó a recibirlo sin motivo legítimo y en el que conste la fecha de la notificación.
- c. Notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el demandado.
- d. Notificación por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el demandado.

De acuerdo con el artículo 14 RPME, el requerimiento europeo de pago podrá asimismo notificarse al demandado de conformidad con el Derecho nacional del Estado en el que deba realizarse la notificación, de alguna de las siguientes formas:

- a. Notificación personal en el domicilio del demandado, o a personas que vivan en la misma dirección que éste, o que estén empleadas en ese lugar.
- b. En caso de un demandado que sea trabajador por cuenta propia, o de una persona jurídica, notificación personal en el establecimiento comercial del demandado, o a personas empleadas por él.
- c. Depósito del requerimiento en el buzón del demandado.
- d. Depósito del requerimiento en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del demandado, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito, o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes.
- e. Notificación por correo sin acuse de recibo con arreglo al apartado 3, cuando el demandado esté domiciliado en el Estado miembro de origen.
- f. Por medios electrónicos con acuse de recibo, acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el demandado haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación".

Respecto a todos estos casos, no será admisible la notificación, si no se conoce con certeza, el domicilio del demandado.

Nuestra Ley riuaria civil únicamente resulta incompatible con las normas mínimas recogidas en el Reglamento cuando permite la notificación por edictos (art. 164 LEC). Ninguna dificultad, en cambio, ofrecen las modalidades de notificación por remisión al domicilio del deudor —mediante correo certificado, telegrama con acuse de recibo... (arts. 155 y 160 LEC)— y de entrega de copia de la resolución judicial objeto de la comunicación (arts. 158 y 161 LEC), que incluso ofrecen garantías adicionales del acto, como la previsión de que la notificación por sustitución en el domicilio se haga siempre a personas mayores de catorce años. Además en las notificaciones que se practiquen se informará sobre: los recursos pertinentes frente a la resolución, órgano ante el que se ha de interponer el recurso y plazo para su formulación (art. 208.4 LEC).

En el RPME no se contempla la notificación por sustitución en el lugar de trabajo cuando el deudor es trabajador por cuenta ajena, como admite nuestra LEC (art.161.3 LEC). Tal situación puede ser problemática en los supuestos en los que el deudor sea un trabajador por cuenta ajena y no tenga a nadie en su domicilio a quien practicar

la notificación por sustitución. En opinión de Gómez López E⁹, estas dificultades se podrían evitar invocando el supuesto previsto en la letra e del art. 14 RPME. Si se trata de un deudor domiciliado en España bastará con haber remitido la comunicación por correo a su domicilio, aunque no se haya recibido el acuse de recibo, o con el depósito en el buzón del escrito o de una diligencia por el Secretario judicial cuando, intentada la notificación por entrega personal del art. 161.1, el deudor no se hallara en su domicilio (art. 155 LEC).

Deberá tenerse en cuenta que si el demandado no estuviere domiciliado en el Estado de origen, serán exigibles, además, los requisitos establecidos en el Reglamento (CE) 1348/2000 de 29 de mayo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, como se deduce del art. 27 RPME. Esta previsión ha de entenderse actualmente referida al Reglamento (CE) n^o 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil que deroga el Reglamento (CE) n^o 1348/2000 del Consejo.

El art. 14. 3 RPME regula qué documentos darán fe de la notificación realizada con arreglo al apartado 1, letras a), b), c) y d) del precepto. En concreto son:

- Un documento firmado por la persona competente que haya efectuado la notificación, en el que consten:
 - la forma utilizada para la notificación.
 - la fecha de la notificación.
 - cuando el requerimiento se haya notificado a una persona distinta del demandado, el nombre de dicha persona y su relación con el demandado, o bien
- Un acuse de recibo de la persona que haya recibido la notificación a efectos del apartado 1, letras a) y b).

El art. 15 RPME establece que la notificación con arreglo a los arts. 13 y 14, también podrá realizarse a un representante del demandado. La notificación a través de representante se aplicará a situaciones en las que el demandado no pueda representarse a sí mismo, como es el caso de las personas jurídicas, representaciones legales

⁹ "EL REGLAMENTO SOBRE EL PROCESO MONITORIO EUROPEO. INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. EL SECRETARIO JUDICIAL", Centro de Estudios Judiciales de la Administración de Justicia. Jornadas sobre el Título Judicial Europeo celebradas los días 6, 7 y 8 de junio.

(padres, tutores,) y, por último, también en los supuestos en los que el demandado haya autorizado a otras personas para representarlo en el proceso (abogados, procuradores).

4.5. Posturas del demandado ante el requerimiento de pago y continuación del proceso

4.5.1. Pago

El pago de la deuda en el plazo concedido, que constituye la verdadera finalidad del proceso monitorio, no aparece regulado en el RPME. Tan sólo el art. 22.2 se refiere al pago del importe fijado en el requerimiento europeo de pago, como causa de denegación de la ejecución "en la medida en que lo haya efectuado".

La falta de regulación expresa de esta forma de finalización del PME deberá conducir, por el tenor del art.26 RPME, a la aplicación de las normas del Derecho nacional, en concreto al art. 817 LEC que determina que si el deudor atiende el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega de justificante de pago y se archivarán las actuaciones.

4.5.2. Falta de Contestación. Declaración de ejecutividad del requerimiento de pago

Si no se formula escrito de oposición en el plazo previsto, ni se abona la deuda, el órgano jurisdiccional que expidió el requerimiento de pago declarará ejecutivo éste mediante auto a través del formulario G del Anexo, rigiéndose el posterior proceso de ejecución por el Derecho del Estado de origen. Esta declaración de ejecutividad se hará inmediatamente después de que transcurra el plazo concedido para la presentación del escrito de oposición. El Reglamento no ha previsto ningún plazo máximo para formular esta declaración, si bien el art. 18 RPME establece que se habrá de realizar sin demora. En todo caso, el órgano jurisdiccional deberá verificar la fecha de notificación y dejará transcurrir un periodo de tiempo prudente para la posible recepción del escrito de oposición.

El art. 18.3 RPME establece que el órgano jurisdiccional enviará al demandante el requerimiento europeo de pago ejecutivo. Para dicho traslado, si el demandante residiera en un Estado miembro diferente al que declaró su ejecutividad, habrá de tenerse en cuenta el Reglamento CE nº 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de

documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (art. 27 RPME). Esta previsión, como ya se ha expuesto, ha de entenderse actualmente referida al Reglamento (CE) nº 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, que deroga el Reglamento (CE) nº 1348/2000 del Consejo.

El requerimiento de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado de origen será reconocido y podrá ser ejecutado en el resto de los Estados miembros, sin necesidad de acudir al exequatur y sin tener que certificarlo como título ejecutivo europeo. En consecuencia, no se podrá impugnar en ningún Estado el reconocimiento de ejecutividad, produciendo la declaración efectos de cosa juzgada. El considerando 27 del preámbulo establece que "un requerimiento europeo de pago expedido en un Estado miembro y que haya adquirido fuerza ejecutiva debe considerarse, a efectos de su ejecución, como si se hubiera expedido en el Estado miembro en el que se solicita la ejecución. El principio de confianza recíproca en la administración de justicia de los Estados miembros justifica que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro considere que se cumplen todas las condiciones de la expedición de un requerimiento europeo de pago para que el requerimiento se ejecute en todos los demás Estados miembros sin revisión judicial de la correcta aplicación de normas mínimas procesales en el Estado miembro en que deba ejecutarse".

4.5.3. Revisión del requerimiento en casos excepcionales

El artículo 20 RPME establece una garantía adicional para el demandado al poder solicitar la revisión del requerimiento europeo de pago en casos excepcionales, dirigiendo esta petición al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. Han de concurrir las siguientes circunstancias:

- Que se hubiera practicado una notificación sin acuse de recibo personal (supuestos del art. 14) y no se hubiere efectuado con la suficiente antelación para permitirle organizar su defensa, sin que pueda imputársele responsabilidad por ello, o
- Que el demandado no hubiera podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad.

Se pueden incluir aquí anomalías ocasionadas con motivo de la notificación efectuada sin acuse de recibo, tales como: que la persona

que resida en el mismo domicilio que el demandado reciba la notificación y no se la haga llegar a aquél, o cuando el requerimiento se deposita en el buzón de correos o se remite por correo a su domicilio y el demandado justifica una larga ausencia temporal del mismo. En ambos casos deberá actuar con prontitud, sin que se haya fijado un plazo concreto para esta solicitud. Tal previsión resulta criticable desde el punto de vista del respeto de los principios de seguridad jurídica y preclusión. A la luz de estos principios, hubiera sido más correcto fijar un plazo determinado para solicitar la revisión, como prevé nuestra LEC para los supuestos de rescisión de sentencias firmes. No obstante, éste será el parámetro que se haya de seguir para subsanar las dudas interpretativas que surgirán de la expresión actuar "con prontitud".

De igual forma, tendrá derecho a solicitar la revisión, cuando sea evidente que el requerimiento europeo de pago se ha expedido de forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el presente reglamento, o por cualquier otra circunstancia de carácter excepcional. Este segundo motivo de revisión, para el que no se impone el deber de actuar con prontitud, permitirá que se puedan alegar todos aquellos defectos de forma esenciales que invaliden *per se* el requerimiento.

La revisión en casos excepcionales no debe significar que el demandado tenga una segunda posibilidad de oponerse a la petición, por ello, durante el proceso de revisión, no deben evaluarse los fundamentos de la petición, considerando otros motivos que no sean los resultantes de las circunstancias excepcionales invocadas por el demandado. Las demás circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 20, apartado 2, podrían incluir el supuesto de que el requerimiento europeo de pago se hubiera basado en información falsa contenida en el formulario de petición (Considerando 25 del Preámbulo).

Si el órgano no aprecia ninguno de los motivos aducidos, seguirá en vigor el requerimiento. Si en cambio, estima justificada la revisión por alguno de los motivos, el requerimiento será declarado nulo y sin efecto.

La competencia para conocer de esta revisión habrá de recaer en el órgano jurisdiccional que expidió el requerimiento de pago. El procedimiento adecuado para tramitar esta solicitud será el establecido en nuestra LEC para la rescisión de sentencias firmes dictadas en rebeldía.

4.5.4. Oposición

El art. 16.3 RPME es categórico al establecer que en el escrito de oposición el demandado sólo tiene que manifestar que impugna la deuda, sin estar obligado a dar mayores explicaciones y, por ello, sin

estar obligado a motivar su oposición. El Considerando 23 del preámbulo, concede la posibilidad al demandado de presentar escrito de oposición, valiéndose del formulario que figura en el reglamento, sin embargo, se admitirá cualquier otro escrito de oposición que conste claramente. En la normativa española reguladora del proceso monitorio, por el contrario, el art. 815 LEC exige en el escrito de oposición una alegación sucinta de las razones por las que debe en todo o en parte, la cantidad reclamada, necesitando adecuada postulación procesal a través de abogado y procurador si la cuantía reclamada excede de 900 euros.

En el proceso monitorio europeo, por lo tanto, se limitan al máximo los requisitos formales de admisibilidad del escrito de oposición, de forma que el demandado presentará escrito de oposición en los treinta días siguientes a la notificación del requerimiento de pago, acompañando el formulario F, que previamente habrá recibido junto con el requerimiento de pago. No necesita alegar ninguna razón que justifique su oposición a la deuda, debiendo presentar su oposición por medio de papel o soporte electrónico, con firma manuscrita o electrónica.

A diferencia de países como Francia o Italia en los que la ulterior oposición ventilada en el proceso ordinario sirve para decidir si se mantiene o se anula el requerimiento, en el Reglamento del Proceso Monitorio europeo, al igual que en el monitorio español, la oposición invalida el requerimiento y el ulterior proceso civil se tramita con el fin de declarar el derecho de crédito del actor.

El Reglamento prevé una remisión automática al proceso civil ordinario, de igual forma que el monitorio español cuando la deuda no exceda de tres mil euros, convocándose a la vista del Juicio Verbal. Esta transformación automática deja a salvo la posibilidad de que el actor desista, si ha solicitado expresamente que se ponga fin al proceso en el caso de que existiera oposición. Tal posibilidad de desistimiento libre no se recoge en el ordenamiento español, pues en los supuestos en los que, tras la oposición del demandado, el actor desista, se le impondrán las costas del procedimiento. Si el actor no ha expresado esta posibilidad de desistir antes de que se expida el requerimiento, la remisión al proceso civil ordinario será automática.

En consecuencia, una vez presentado el escrito de oposición y si el demandante no hubiera solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso, el asunto continuará, realizándose un traslado automático ante los órganos jurisdiccionales del Estado de origen y según las normas del proceso civil ordinario. En el caso de España, el asunto continuará tal como establece el art. 818 LEC para el juicio monitorio, de forma que si la deuda no excede de 3.000 euros,

se convocará inmediatamente a la vista y si excede, el acreedor deberá interponer la correspondiente demanda en el plazo de un mes a contar del traslado del escrito de oposición, siguiendo el asunto las reglas del juicio ordinario.

5. LA EJECUCIÓN DEL REQUERIMIENTO DE PAGO EUROPEO

Los procedimientos de ejecución, a salvo de las disposiciones establecidas en el Reglamento en los arts. 21, 22 y 23, se regirán por el Derecho del Estado Miembro de ejecución, ejecutándose en las mismas condiciones que un título ejecutivo dictado en el Estado miembro de ejecución. Es decir, el RPME establece en esta materia una regulación mínima, remitiéndose en todo lo demás a las normas de ejecución del Derecho nacional (Considerando 27 del preámbulo).

Con estas bases, la ejecución en España de un requerimiento europeo de pago expedido por los Tribunales de otro Estado miembro, se regirá por las normas contenidas en el Libro III de la LEC. En estos casos, el art. 21.2 RPME determina que el demandante deberá presentar ante las Autoridades competentes de dicho Estado:

- una copia del requerimiento europeo de pago, declarado ejecutivo por el órgano jurisdiccional de origen, que cumpla las condiciones necesarias para determinar su autenticidad, y
- en caso de que sea necesario, una traducción del requerimiento europeo de pago a la lengua oficial del Estado miembro de ejecución o, en caso de que dicho Estado miembro tenga varias lenguas oficiales, a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales de los procedimientos judiciales en el lugar en que deba ejecutarse, conforme al Derecho de dicho Estado miembro, o a otra lengua que el Estado miembro de ejecución haya indicado como aceptable. Cada Estado miembro podrá indicar la lengua o lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea distintas de las propias que pueda aceptar para el requerimiento europeo de pago. La traducción será certificada por una persona cualificada para ello en uno de los Estados miembros. En estos casos, no se podrá exigir al demandante caución o depósito alguno por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado miembro de ejecución.

La competencia para la ejecución del título ejecutivo obtenido mediante el PME en España, corresponderá al Juzgado de primera Instancia del domicilio del demandado o del lugar de ejecución.

En cuanto a la necesidad de postulación a través de abogado y procurador, habrá de estarse, también, a las normas del Derecho nacional. En sede de ejecución, el art. 539 LEC exige la intervención de abogado y procurador para la ejecución de aquellas resoluciones dictadas en procesos en que sea preceptiva su intervención. En concreto, en el monitorio, se necesitará la adecuada postulación cuando la deuda exceda de 900 euros. Como en el PME no se exige la intervención de profesionales, ni en la solicitud inicial, ni en la oposición al mismo, surge la duda de si esta intervención será obligatoria en el caso de que se inicie la ejecución. Si por la supletoriedad del Derecho nacional se entendiera que es preceptiva su intervención según la cuantía, el gasto o los posibles costes, supondrán, en muchos casos, un límite a la eficacia pretendida del monitorio europeo.

El requerimiento de pago no podrá ser objeto de revisión, en cuanto al fondo, en el Estado miembro de ejecución. No obstante, a instancia del demandado, el art. 22 RPME prevé la posibilidad de denegación de la ejecución, si el requerimiento europeo de pago fuera incompatible con una resolución o un requerimiento dictado con anterioridad en cualquier otro Estado miembro o tercer país, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- que la resolución o requerimiento anterior tenga el mismo objeto y se refiera a las mismas partes.
- que cumpla las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución, y
- que la incompatibilidad no haya podido denunciarse durante el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen.

Evidentemente, el requerimiento también se denegará si el demandado ha pagado al demandante, y así lo acredita, el importe fijado en el requerimiento.

5.1. Suspensión o limitación de la ejecución

Si el demandado hubiere solicitado la revisión del requerimiento europeo de pago conforme al art. 20 RPME, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de ejecución podrá acordar a instancia del demandado:

- limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares, o bien
- subordinar la ejecución a la constitución de una garantía que fijará el órgano competente, o bien

- en circunstancias excepcionales, suspender el procedimiento de ejecución. (art. 23 RPME)

El precepto deja al criterio del órgano de ejecución la elección sobre la medida a adoptar, para lo que se tendrá en cuenta el grado de apariencia de verosimilitud de la pretensión planteada por el deudor y los perjuicios que se le puedan ocasionar.

El cauce a través del cual se puede hacer valer esta pretensión deberá venir marcado por el Derecho nacional. A estos efectos, resultan de aplicación los arts. 566 y 567 LEC, que establecen la posibilidad suspender la ejecución —no habría problemas en limitar el procedimiento a la adopción de medidas cautelares o a subordinar la ejecución a la constitución de una garantía— en los casos de rescisión y revisión de una Sentencia firme o por la interposición de recursos ordinarios. La tramitación de la denegación de la ejecución del requerimiento europeo de pago, así como la limitación de la ejecución, su suspensión o la constitución de garantía se resolverán mediante auto no susceptible de recurso.

6. GASTOS, COSTAS Y TASAS JUDICIALES

El art. 25 establece que el total de las tasas judiciales de un proceso monitorio europeo y el subsiguiente proceso civil ordinario, de mediar oposición, no excederá de las tasas judiciales de un proceso civil ordinario, sin proceso monitorio europeo previo, en dicho Estado miembro, entendiéndose por tasas judiciales las tasas y derechos que hayan de pagarse al órgano jurisdiccional, cuyo importe se fijará con arreglo al Derecho nacional. En consecuencia, no se establece en el Reglamento la posibilidad de devengar tasas por la actividad realizada por los órganos jurisdiccionales de cada Estado, sino que se establece un límite cuantitativo a las que pudieran devengarse en cada Estado, teniendo en cuenta las propias normas de dicho Estado.

LA EXCLUSIÓN DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL ¿TIENE QUE SER NECESARIAMENTE ACORDADA POR LA JUNTA GENERAL?

POR
MAURICIO TRONCOSO REIGADA¹
ABOGADO
DOCTOR EN DERECHO
ABOGADO DEL ESTADO EXCEDENTE

1. Este trabajo tiene por objeto exponer de forma sucinta las razones por las que es posible mantener que, en el ordenamiento jurídico español, la decisión de excluir no tiene por ser tomada por la Junta General, sino que puede serlo por otro órgano societario u otra persona. Y ello tanto en el caso de las sociedades anónimas² (lo que, como veremos a continuación, resulta bastante claro al menos en parte, (lo que, como veremos a continuación, resulta bastante claro al menos en

¹ Profesor Titular de Derecho Mercantil Universidad Autónoma de Madrid

² Aunque falta en la LSA una regulación propia de la exclusión de socios, parece claro que la medida prevista en el art. 45 LSA para el caso de incumplimiento de la obligación de pago de los dividendos pasivos, constituye un supuesto normativizado, en este tipo social, de exclusión del socio moroso, en el caso de que la mora afecte a todas sus acciones (cfr. por todos, OTERO LASTRES, J.M., "Dividendos pasivos (arts. 42 a 46 LSA)", en URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - OLIVENCIA, M., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III (*Fundación de la Sociedad Anónima*), Civitas, Madrid, 1994, pp. 229 y ss., p. 282; BELTRÁN, E., "Los dividendos pasivos en la reforma de la sociedad anónima", *AC*, 1989-1, pp. 697 y ss., p. 706). Junto al mismo, la mayoría de la doctrina considera que, en aquellos supuestos en los que en la S.A. se hayan establecido prestaciones accesorias, cabe también que los estatutos prevean la exclusión del socio que incumple la obligación de realizarlas (cfr. BELTRÁN, E., "Disolución parcial", en MONTAÑA MELGAR, A. (dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2538 y ss., p. 2539; GUTIÉRREZ GILSANZ, J., "Sociedad anónima y exclusión de socios", *RdS*, 1999, 12, pp. 336 y ss., p. 357 e *ibi* abundante bibliografía; *contra*, no obstante, BONARDI LLENZANO, R. - CABANAS TREJO, R., *Separación y exclusión de socios en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 27-30).

En nuestra opinión, no existen razones para restringir la utilización de este instituto general a todo el derecho de sociedades en este concreto tipo social, de manera que consideramos, siguiendo a nuestra más atenta y moderna doctrina (cfr. ALFARO AGUILA-REAL, J., "La exclusión de socios", en PAZ-ARES, C. (coord.), *Tratado de la sociedad limitada*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1997, pp. 887 y ss., p. 890 n.4, y sobre todo los argumentos expuestos en *Id.*, "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol. I, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998, pp. 89 y ss., p. 108, donde además se rebate la posición contraria que ha sido mantenida por la DGRN en su Res. de 16-IX-1983 -Rep. Aranzadi 7016-, que cabe establecer otras causas de exclusión en los estatutos de una S.A. aún faltando en la LSA un precepto similar al art. 98 II LSRL [por la afirmativa, también, GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *RdS*, 1999, 12, pp. 358

parte, vgr: posibilidad de otorgarle esta facultad al órgano de administración), como de las sociedades de responsabilidad limitada¹.

2. Ciertamente, para poder mantener esta posición con respecto a estas últimas es necesario solventar el problema derivado del hecho de que el art. 99 LSRL alude a la Junta General como al órgano al que le corresponde tomar la decisión de excluir a un socio².

En nuestra opinión, sin embargo, este obstáculo no es tal en la medida en que debe entenderse, siguiendo a nuestra más moderna y atenta doctrina, que la regulación del procedimiento de exclusión

y 360; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *La amortización de acciones y las acciones rescatables*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 45-46 y 162-163, entre otras; también parece inclinarse por este posición, al menos por lo que hace referencia a las sociedades anónimas pequeñas y cerradas, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^oL., "Comentario a los arts. 98 a 103 LSRL", en AROVIO, I. - EMBID, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de sociedad de responsabilidad limitada*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 967 y ss., p. 971; contra, CABANAS TREJO, R., "Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones y derecho de retracción", *Praxis Boletín de Información Mercantil*, Mayo 1992, pp. B-13/2 y ss., p. B-13/10; CABANAS TREJO, R. - CALAVIA MOLINERO, J.M. (coord.), *Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Editorial Praxis, Barcelona, 1995, p. 662; BONARDI, LENZANO, R. - CABANAS TREJO, R., *Separación y Exclusión*, pp. 27-30; SÁNCHEZ RUS, H., "La amortización forzosa de acciones en el derecho español", *RdS*, 1999, 11, pp. 205 y ss., p. 210].

¹ Curiosamente, nuestra doctrina no se ha ocupado de este problema, habiéndose centrado más bien en la cuestión de si, en el procedimiento extrajudicial de exclusión, la legitimación para excluir debe ostentarla la sociedad, tesis corporativa, o, por el contrario han de tenerla los socios (vid la alusión a la misma en MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^oL., *Comentarios*, p. 979, con referencias doctrinales de las dos posturas).

En nuestra opinión, esta controversia es secundaria, en la medida en que a lo único a lo que se refiere es, a falta de regulación expresa, a quién debe corresponderle naturalmente esta competencia, cuestión que, con mayor o menor acierto (en función lógicamente de las posturas que previamente se mantuvieran), ha sido ya resuelta positivamente para las S.L. (otra cosa es lo que ocurre con respecto a la S.A., donde ante la ausencia de una reglamentación algún autor ha considerado que la postura más coherente sería entender que son los otros socios los que deberían ostentar la legitimación; cfr. GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *RdS*, 1999, 12, p. 360), en el sentido de atribuírsela a la Junta General, esto es, a favor de la tesis corporativa (cfr. art. 99 LSRL); lo cual no resulta óbice para que, dado que como veremos a continuación no hay base para sustentar que ésta es una competencia exclusiva de la Junta General, los estatutos no puedan realizar una atribución distinta.

² Así, el art. 99.1 LSRL afirma: "La exclusión requerirá acuerdo de la Junta General. En el acta de la reunión se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor".

Es necesario indicar que la mayoría de nuestra doctrina parece leer el art. 99 LSRL en clave imperativa, entendiéndose que es preciso siempre un acuerdo de la Junta General (así, por ejemplo, véase por todos, GARCÍA VILLAVERDE, R., "Exclusión de socios", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo II, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 1023 ss., pp. 1032-1038; CABANAS TREJO, R. - CALAVIA MOLINERO, J.M. (coord.), *Ley*, pp. 667-668; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.D., "Separación y exclusión de socios", en BERCOVITZ, A. (coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 627 y ss., p. 641; LEÑA FERNÁNDEZ, R. - RUEDA PÉREZ, M.A., *Derecho de separación y exclusión de socios en la sociedad limitada*, Comares, Granada, 1997, p. 113); éste es también el planteamiento del art. 208.1.º del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM), en la medida en que, para poder inscribir la exclusión, exige que en la correspondiente escritura pública conste necesariamente el acuerdo de la Junta General o el testimonio de la resolución judicial firme.

contenida en los arts. 99-102 LSRL tiene carácter dispositivo³. A favor de este planteamiento militan, a nuestro juicio, distintos argumentos.

En primer lugar, y desde una perspectiva de filosofía jurídica, porque se debe considerar que en esta cuestión rige, como por principio ocurre en materia de Derecho de Sociedades y, en general, de Derecho privado, el principio de autonomía de la voluntad, concretizado en este sector del ordenamiento jurídico en el principio de libertad estatutaria (art. 12.3 LSRL)⁴.

En segundo lugar, porque no se ven razones por las cuales el carácter dispositivo se afirma con respecto a un elemento tan importante del procedimiento como son las vías de vehiculización y no se deba aceptar con relación al resto de las cuestiones de procedimiento. En efecto, a la hora de ocuparse de las formas de instrumentalizar la exclusión de un socio, numerosos autores han venido manteniendo que, junto a la amortización (que ya se encontraba prevista en el primitivo tenor literal del art. 102 LSRL), también es posible acudir no sólo a la adquisición por la sociedad de las participaciones del socio afectado (posibilidad que ya venía siendo afirmada por un sector de la doctrina con anterioridad a que haya sido positivizada por la nueva redacción que de los arts. 102 y 40.1 LSRL ha efectuado la ley 7/2003, de 1 de abril), sino también a la posibilidad de imponerle al socio excluido una transmisión en favor de otro socio o incluso un tercero⁵. Pues bien, la pregunta que procede hacerse es, si la regulación del procedimiento de exclusión contenida en la LSRL es dispositiva en este punto, no se ve porque no lo pueda ser en otros, puesto que no existe ninguna razón para diferenciar unos de otros; esto es, no se ve porqué

³ Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Tratando*, pp. 887 y 908. Parece inclinarse también por esta posición, MELLADO RODRÍGUEZ, M., "Separación y exclusión del socio de la sociedad de responsabilidad limitada", en NIETO CAROL, U., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 921 y ss., p. 945.

⁴ Cfr. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Tratando*, pp. 887 y 908. Contra, RUEDA PÉREZ, M.A., "Comentario a los arts. 95 a 102 LSRL", en AAVV., *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, I, Colegios Notariales de España, 1995, pp. 435 y ss., p. 448 el cual afirma que «es lógico que a la gran libertad en la regulación de las causas de exclusión corresponda una mayor rigidez en el procedimiento» (v. también afirmando el carácter imperativo del procedimiento recogidos en los arts. 99 y ss. LSRL, LEÑA FERNÁNDEZ, R. - RUEDA PÉREZ, M.A., *Separación y exclusión*, p. 112). Como acertadamente rebate ALFARO AGUILA-REAL, J., *Tratando*, p. 908, n. 44, «el argumento no convence porque nuevamente se invierte indebidamente la carga de la argumentación sobre el carácter imperativo». Acerca de los límites a esta configuración, v. *Id.*, *Tratando*, pp. 908-913.

⁵ Por todos, GARCÍA VILLAVERDE, R., "Exclusión de socios", en *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Número extraordinario de la Revista de Derecho de Sociedades, 1994, pp. 367 y ss., p. 378 (con respecto al Derecho proyectado); y ya con referencia al antiguo tenor del art. 102 LSRL, v. *Id.*, *Sociedades de responsabilidad limitada*, pp. 1044-1045 (aunque no resulta del todo claro si es una verdadera opción posible o un mero desideratum); GUTIÉRREZ GILSANZ, J., *RdS*, 1999, 12, p. 362, con ulteriores referencias.

unos preceptos van a ser imperativos y otros dispositivos, cuando del texto de estos artículos no se deduce ninguna diferencia: *ubi lex non distinguere, nec nos distinguere debemus*.

Y, por último, un argumento de carácter valorativo. Mantener lo contrario llevaría a una injustificada e insostenible contradicción de valoración con respecto a lo que ocurre en sede de S.A. En efecto, si en este último tipo social debe entenderse que los estatutos pueden regular, en gran medida, la exclusión de un socio que incurre en mora de todas sus acciones y, sobre todo, gozan de amplia libertad para establecer un procedimiento de exclusión del socio incumplidor de la obligación de realizar prestaciones accesorias, resultaría un contradictorio mantener que en sede de S.L. el margen de libertad estatutaria es menor, cuando precisamente se supone que este último tipo social está dotado de un mayor grado de flexibilidad y libertad.

3. Este carácter dispositivo que, como regla general, cabe predicar de todo el procedimiento contenido en los arts. 99-102 LSRL, debe también predicarse del art. 99 LSRL, puesto que no existen razones que puedan justificar que se trata de un precepto de *ius cogens* y, por tanto, que estemos en presencia de una excepción a esta regla.

En concreto, consideramos que no es posible alegar motivos basados en un reparto de competencias entre los órganos societarios. Desde nuestro punto de vista, no nos encontramos ante una competencia propia de la Junta General⁸, pero que resulta delegable (lo que sería otro camino para poder atribuir su ejercicio a otros, si bien, no como propia —i.e. ex estatutos—, sino por delegación —ex acuerdo en este sentido—), sino que no es una competencia propia (en el sentido de exclusiva) de la Junta, por lo que puede ser asignada por los estatutos directamente a otros órganos —vgr. a los administradores— o, incluso, a alguna/s persona/s en concreto.

A favor de entender que la referida competencia no es exclusiva de la Junta General milita un argumento de carácter sistemático-valorativo. En efecto, si contemplamos esta cuestión en sede de S.A., observaremos como resulta especialmente significativo que con respecto al

⁸ CONTRA, ESTEBAN VELASCO, G., "Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. et al. (coord.), *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, Tomo I, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 549 y ss., pp. 564-566; el cual, a pesar de considerar que el modelo legal de distribución de competencias no viene configurado de manera rígida, de forma que sería susceptible de modificación vía estatutos, parece mantener que la exclusión de socios es competencia exclusiva e indiscutible de la Junta General; v. también en este último sentido, GARRIDO DE PALMA, V., "La exclusión de socios. Su expulsión del seno social", en GARRIDO DE PALMA, V. - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. - GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F.J. - ARANGUREN URKIZA, F.J. - GARRIDO CHAMORRO, P., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tomo II, Trivium, Madrid, 1998, pp. 143 y ss., p. 162.

único supuesto positivizado de exclusión (el del socio incumplidor de la obligación de pago de los dividendos pasivos, en el caso de que la mora afecte a todas sus acciones; cfr. art. 45 LSA), se entienda que es el órgano de administración el que ostenta esta competencia⁹. Pues bien, si esto es así en la S.A. no se ve por qué (no existe ninguna *ratio* que lo justifique) los estatutos no pueden proveer la misma solución en la S.L.. Mantener lo contrario supone incurrir en una clarísima contradicción de valoración.

4. En consecuencia, si el procedimiento contenido en los arts. 99-102 LSRL es dispositivo, la sociedad goza de libertad para configurar el órgano decisorio. O dicho de otra forma, el hecho de que el art. 99 prevea que le corresponda a la Junta General tomar la decisión de excluir sólo significa que ésta es la solución supletoria, para el caso de que los socios no dispongan otra cosa con respecto a esta cuestión, pero no impide, en consonancia con su carácter dispositivo, que los estatutos puedan atribuir esta competencia a otros sujetos.

Así, comenzando con el supuesto más sencillo, ningún problema existe, desde nuestro punto de vista, para que los estatutos encomienden esta decisión al *órgano de administración*¹⁰. Y ello, tanto si le dejan libertad al respecto (i.e. prevén lo que podríamos denominar como una cláusula de exclusión facultativa), como si le imponen la obligación de acordar la exclusión de un socio, en el caso de que se den determinadas circunstancias (i.e., establecen lo que podríamos calificar como una cláusula de exclusión imperativa). Si ambas opciones

⁹ V. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^a I., *Comentarios*, p. 979. Distinto, implícitamente, es el planteamiento de OTERO LASTRES, J.M., *Comentario*, pp. 282-283, el cual considera que «la amortización de las acciones y la consiguiente reducción del capital social deberán ser decididas por la Junta general de accionistas con los requisitos exigidos para la modificación de los Estatutos (art. 164.1 LSA)» (en el mismo sentido, BELTRAN, E., *Los dividendos pasivos*, Civitas, Madrid, 1988, p. 80; Id., *E.J.B.C.*, p. 2540; en un contexto distinto, el del ejercicio del derecho de separación, mantiene también que la Junta General es el único órgano competente para acordar tanto la amortización, como la reducción de capital BRENES CORTES, J., *El derecho de separación del accionista*, Marcial Pons, 1999, p. 511).

Compartiendo la posición de estos autores con respecto a la competencia para acordar una reducción de capital, consideramos sin embargo, que ello no significa que la Junta General sea también la competente para acordar la amortización. En nuestra opinión, esta cuestión debe ser resuelta (por que no existen razones que lleven a lo contrario) de la misma forma que con respecto al otro instrumento alternativo que está a disposición de la sociedad para vehicular la exclusión del socio moroso: la enajenación forzosa de sus acciones; pues bien, si los administradores son los competentes para proceder a la misma (v. BELTRAN, E., *E.J.B.C.*, p. 2540), también deben serlo para acordar su amortización, en el caso de que no sea posible efectuar la referida enajenación.

¹⁰ En sede de S.L., alude también a la posibilidad de que las cláusulas estatutarias atribuyan a los administradores esta decisión, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Tratando*, p. 909; en la doctrina alemana v. SOUFLEROS, I., *Ausschließung und Abfindung eines GmbH-Gesellschafters*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1983, p. 9. CONTRA, GARRIDO DE PALMA, V.M., *Sociedad de responsabilidad limitada*, II, p. 162.

son posibles cuando la competencia le corresponde a la Junta General, no se ve porque no pueden serlo cuando los estatutos atribuyan esta decisión al órgano de administración (es más, y como factor coadyuvante, existe un cierto paralelismo, en nuestra opinión, con lo que sucede con determinadas cláusulas restrictivas a la transmisión; en concreto, entre las primeras y las cláusulas de consentimiento que permitan otorgar o denegar la autorización si concurren—o no concurren— ciertas circunstancias, cuando esta competencia le corresponda al órgano de administración, cosa que en el supuesto de las S.A. será lo que suceda, salvo que los estatutos otorguen esta facultad a otra persona—cfr. 63.3 II LSA—, mientras que en la S.L. deberá preverse expresamente en ellos—cfr. arts. 24.2 y 29.2 LSRL—).

Mas las posibilidades no se circunscriben a éstas. En este sentido, cabe también conferir la facultad de excluir a otros órganos sociales¹¹ (tanto si han sido creados para desempeñar asimismo otras funciones, como si lo han sido específicamente con esta finalidad¹²), a un administrador o administradores en concreto o a un/los socio/s¹³.

A nuestro parecer, cabe incluso otorgar esta competencia a un tercero ajeno a la relación social¹⁴. A favor de esta solución milita un argumento sistemático: si es posible que los estatutos configuren una cláu-

¹¹ Acerca de la posibilidad de que, al menos en la S.L., los estatutos puedan crear órganos sociales facultativos, esto es, prevean otros distintos de la Junta General y del órgano de administración, v. ESTEBAN VELASCO, G., *Sociedades de responsabilidad limitada*, p. 558.

¹² Si se admite la posibilidad de que los estatutos puedan crear órganos ad hoc para decidir sobre la autorización o no de una concreta transmisión (cfr. PERDICES, A., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Civitas, Madrid, 1997, p. 64), no vemos por qué no se puede admitir la creación de órganos estatutarios que tengan por misión tomar las decisiones en materia de exclusión.

¹³ V. con respecto a la posibilidad de conferirle a un socio, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Tratado*, p. 909.

¹⁴ En nuestra opinión, no existen obstáculos para que en los estatutos se establezcan, en general, derechos a favor de terceros. En este sentido, resulta significativo que, como comentaremos a continuación, el art. 188.3 RRM admita la posibilidad de cláusulas estatutarias que prevean la obligación de transmitir a un tercero las participaciones de una S.L. cuando concurren circunstancias que estén expresadas de forma clara y precisa, esto es, que prevea que los estatutos puedan conceder a terceras personas el derecho a adquirir las participaciones en determinadas circunstancias. O que el art. 188.2 RRM reconozca que los estatutos pueden concederles un derecho de adquisición preferente. En Alemania parece discutirse el carácter estatutario, en sentido material, de las cláusulas que atribuyan derechos a favor de terceros. Mientras que algunos autores lo niegan (v. por todos, ULMER, P., "Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?", *Festschrift Winfried Werner*, Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1984, pp. 911 y ss., pp. 922-925), otros no se muestran tan tajantes (cfr. EMMERICH, V., en §2 (Form des Gesellschaftsvertrages), en *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I (§§1-44), Verlag Otto Schmidt KG, Köln, 9. Aufl., 2000, pp. 207 y ss. Rdn. 11, pp. 211-212). No faltan los tratadistas que se limitan a indicar que los estatutos pueden delegar competencias en manos de terceros (así, LUTTER, M. - HOMMELHOFF, P., *GmbH-Gesetz Kommentar*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 15. Aufl., 2000, §46, Rdn. 1, p. 702). Con respecto a la S.A., la propia *Aktiengesetz* se refiere en distintos parágrafos a la posibilidad de conceder a terceros *Sondervorteile* (cfr. por ejemplo, el §26).

sula de autorización en la que se atribuya a un tercero la facultad de consentir¹⁵ o que incorporen una obligación de transmisión en la que el acreedor de la misma sea un tercero (cfr., para la S.L. el art. 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil, RRM)¹⁶, no se ve por qué no debe permitirse conferir a un tercero la decisión acerca de la exclusión de un socio. Pensemos por ejemplo, en el caso de un padre que

¹⁵ Mientras que la admisibilidad de este tipo de cláusulas para las S.L. es clara (v. por todos, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C., "Transmisión de participaciones sociales", en GARRIDO DE PALMA, V. - GARRIDO CHAMORRO, P. - GARDEAZÁBAL DEL RÍO, E.J. - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C. - ARANGUREN URRIZA, F.J., *La sociedad de responsabilidad limitada*, Tomo I, Trivium, Madrid, 1996, pp. 699 y ss., pp. 712 y 716-718), la cuestión puede parecer discutible en relación a las S.A. [así, la doctrina se muestra dividida; mientras que algunos autores se muestran contrarios, vid. por ejemplo, GALÁN LÓPEZ, C., "Cláusulas de «autorización» o «consentimiento» a la transmisión de acciones", en ALONSO UREBA, A. - DUQUE DOMÍNGUEZ, J. - ESTEBAN VELASCO, G. - GARCÍA VILLAVEDE, R. - SÁNCHEZ CALERO, F. (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas*, Tomo II, Vol. 2, Civitas, Madrid, 1994, pp. 1033 y ss., pp. 1114-1117, esp. 1116; no faltan voces favorables a la admisibilidad, cfr. la autorizada opinión de PERDICES, A., *Cláusulas*, pp. 56-62], puesto que el art. 123.2 RRM establece que «[l]os estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión». No obstante, en nuestra opinión, el mismo no resulta óbice para la admisibilidad de este tipo de cláusulas también con respecto a la S.A., dado que la citada norma reglamentaria es un precepto nulo en la medida en que, sin apoyo legal, establece restricciones a la autonomía de la voluntad (en este sentido, no faltan tampoco autores que se muestran también críticos con este precepto; v. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., "Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones en la nueva legislación de sociedades anónimas", *AASN*, Tomo IV, *Homenaje al Profesor Jordano Barea*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 245 y ss., pp. 270-271, el cual afirma que «el reglamento excede del ámbito de su competencia al negar una posibilidad no prohibida por la Ley»).

¹⁶ De esta opinión, en relación precisamente con las cláusulas que prevén un *Abtretungspflicht* se manifiesta también la doctrina alemana (v. HUECK, A., "Die Bedeutung der Zwangsmortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH", *DB*, 1957, pp. 37 y ss., p. 40; WIEDEMANN, H., *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1965, p. 439; SOUPLEROS, L., *Ausschließung*, pp. 286 y 288; ZITTE, J., *Anh §15, en Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Großkommentar*, Erster Band (Allgemeine Einleitung; §§1-34), Walter de Gruyter, Berlin, New York, 8. Aufl., 1992, pp. 674 y ss., Rdn. 89 p. 708; WINTER, H., en §15 (Übertragung von Geschäftsanteilen), en *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz*, Band I (§§1-44), Verlag Otto Schmidt KG, Köln, 9. Aufl., 2000, pp. 737 y ss., Rdn. 181 p. 870; a pesar de la oposición inicial de algún autor, cfr. WILHELM, H. - WILHELM, S., *Godin/Wilhelmi Aktiengesetz vom 6. September 1965 Kommentar*, Walter de Gruyter, Berlin, 3. Aufl., 1967, §237, Anm. 12 pp. 1249-1250).

Esto, que para la S.L. se encuentra ya previsto con carácter general por el art. 188.3 RRM para todos los casos en los que los estatutos establezcan una obligación de transmisión, cabe también mantenerlo con respecto a la S.A. [de esta misma opinión se muestran DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. I, Edersa, Madrid, 2ª ed., 1977, p. 620 n.2; GARRIDO DE PALMA, V. - SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.C., "La sociedad anónima en sus principios configuradores", en GARRIDO DE PALMA, V. (dir.), *Estudios sobre la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 21 y ss., p. 52; GARCÍA DE ENTERRÍA, J., "Las acciones rescatables", *La Ley*, 1999, 4, pp. 1694 y ss., p. 1697], no sólo porque, de nuevo, no parece que una cláusula de estas características atente contra los arts. 10 LSA y 1255 Cc, sino también por un puro y simple argumento sistemático: si es pacífica, hasta para el propio RRM (cfr. art. 123.3 RRM), la admisibilidad de las cláusulas que establezcan, con la mayor amplitud, un derecho de adquisición preferente a favor de terceros, no se ve por qué debe rechazarse la admisibilidad de una estipulación prima hermana de la anterior, como sería la que estableciera una obligación de transmisión a favor de terceros.

constituye una sociedad para sus hijos, sin entrar a formar parte de ella; si es posible otorgarle la facultad de autorizar las transmisiones o de rescatar las participaciones, ¿porque los estatutos no pueden también decidir que sea a él a quién le corresponda la competencia para excluir a un socio, cuando es claro y evidente que la atribución de todas estas facultades obedece a la misma *ratio*, controlar la composición interna a efectos de que no existan desviaciones con respecto a la finalidad para la que la sociedad fue creada (en este sentido, resulta obvio que la atribución al patriarca de esta última competencia sirve para "ayudar a cerrar" el círculo de salvaguardia de la referida *ratio*, puesto que desempeña una función complementaria, permitiendo cubrir todo un espectro de conductas que no pueden ser controladas a través del ejercicio de las otras facultades).

Es más, la atribución a un tercero, puede en ocasiones permitir un mejor ejercicio de esta facultad (en el sentido de un ejercicio a priori más objetivo), dado que éste puede ser elegido por los socios en función de su cualificación e independencia (del mismo modo en el que se elige a un árbitro, por ejemplo, para determinar el valor de las participaciones de cara a una transmisión), por lo que esta solución puede servir de instrumento de protección de las minorías, dado que el encomendársela a un tercero les puede inspirar más confianza.

5. En definitiva, consideramos que en el Derecho español de sociedades de capital la decisión de excluir a un socio no tiene porqué ser necesariamente tomada por la Junta General, de forma que los estatutos de la S.A. o de la S.L. pueden encomendársela a otros órganos sociales, o a un/os administrador/es o socio/s determinado/s, o incluso a un/os tercer/os.

EL PROCESO PENAL DE MENORES

POR
JESÚS ALEJANDRO VIDART ANCHÍA
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
EN EL INSTITUTO MADRILEÑO DEL MENOR Y LA FAMILIA

Sumario: 1. LA LEY PENAL DEL MENOR Y SUS MODIFICACIONES. 1.1. Modificaciones. 2. COMPETENCIA Y PARTES DEL PROCESO PENAL DE MENORES. 2.1. Competencia. 2.1.1. Regla General. 2.1.2. Regla especial (artº. 2/41). 2.2. Partes en el procedimiento. 2.2.1. Ministerio Fiscal. 2.2.2. Menor responsable. 2.2.3. Víctima. 2.2.4. Equipo técnico. 3. FASES DEL PROCEDIMIENTO. 3.1. Instrucción. 3.2. Detención del menor y medidas cautelares durante la instrucción. 3.3. Conclusión del Sumario. 3.4. Trámite de Audiencia. 3.5. Sentencias de Conformidad. 3.6. El Fiscal realiza las siguientes alegaciones. 3.7. Sentencia. 3.8. Régimen de recursos. 3.8.1. Recursos de Apelación y Reforma. 3.8.2. Recurso de Casación. 3.8.3. Ejecución de Medidas. 4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.

1. LA LEY PENAL DEL MENOR Y SUS MODIFICACIONES

La justificación de una ley penal del menor la encontramos en el artículo 19 de nuestro código penal. Este artículo fija la edad penal en 18 años, entendiéndose que los menores de esa edad, que coincide con la mayoría de edad del artículo 12 de nuestra constitución, no serán responsables criminalmente. Ahora bien, no establece una inimputabilidad completa, sino que no será responsables conforme a las disposiciones del código penal.

Claro está, no es posible que en una sociedad los delitos de los menores de edad se castiguen de la misma forma que los cometidos por un adulto pero tampoco es posible que queden, no sin castigo, sino sin consecuencia, en este caso educativa.

Es por ello por lo que ya en el mismo artículo del Código Penal, se establece que a las personas menores de la edad penal se les podrá exigir responsabilidad conforme a la Ley que regule la misma, por lo que es necesario aprobar una ley para poder exigir dicha responsabilidad.

La Disposición final séptima del Código determinó la suspensión de la entrada en vigor de esta norma en tanto no se aprobase una ley que regulase la responsabilidad penal de los menores.

La regulación del proceso de menores se encontraba básicamente recogida en el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM), su Reglamento y el Estatuto de la Unión Nacional

de estos Tribunales, aprobados por Decreto de 11 de junio de 1948, modificados por Decretos 3457/1969 de 19 de Diciembre y 414/1976 de 26 de Febrero.

Ya en la época constitucional el Texto Refundido del 48 fue objeto de una importante modificación (parcial y provisional) por Ley orgánica 4/1992 de 5 de Junio, a partir de la cual la LTTM, pasó a denominarse Ley Orgánica de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, según la Disposición Adicional Primera de la Ley dictada como consecuencia de la STC 36/1991 de 14 de febrero.

Es interesante hacer una breve referencia a esta sentencia. Se planteó varias cuestiones de inconstitucionalidad sobre el articulado de la LTTM. Si bien todos los Jueces de Menores coinciden en cuestionar la inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M. que excluía la aplicación de las reglas procesales vigentes en otras jurisdicciones al procedimiento de menores. Se basaban en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, el mencionado precepto conculca los arts. 10.2, 39.4 C.E. Si bien, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, nada se especifica en cuanto a los menores respecto a los derechos y garantías que en ellos se establecen, en virtud del principio de igualdad y no discriminación consagrados en los mismos, hay que entender que tales derechos amparan también a los menores.

Y en este sentido, se resalta que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing", de 29 de noviembre de 1985), en los apartados 2.3 y 7.1, hacen referencia a las garantías de los procesos de menores y a los derechos de éstos. También, la Recomendación 20/1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 de septiembre de 1987, relativa a las "Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil", refuerza la posición legal de los menores durante todo el procedimiento. Por último, aluden a la Convención de las Naciones Unidas relativas a los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que establece una serie de garantías en procedimientos en materia de menores.

b) El art. 15 L.T.T.M. infringe también el art. 9.3 C.E., ya que, al no disponer un procedimiento específico adaptado a la especial situación del menor, los Jueces de Menores aplican diferentes normas procesales, provocando inseguridad jurídica. Con ello se vulnera igualmente el principio de igualdad garantizado en el art. 14 C.E., porque, al existir un vacío legal en cuanto al mínimo cauce procesal a seguir respecto

del menor enjuiciado, se ha hecho posible que a los menores no se les hayan aplicado las garantías procesales con que cuentan los adultos en idéntica situación, habiendo una desigualdad de trato.

c) Pero el alegato fundamental recogido en todas las cuestiones de inconstitucionalidad es el de que el art. 15 L.T.T.M. va en contra del art. 24 C.E.

Entendió acertadamente el Tribunal Constitucional, que para que el artículo 15 fuese ilegítimo, era necesario que el procedimiento de menores al que se refería fuese un verdadero proceso, que no se le atribuyese naturaleza distinta.

Para determinar esta naturaleza, el Tribunal acudió a las Normas internacionales. La convención de los Derechos del Niño, no excluía la posibilidad de establecer un procedimiento corrector, distinto al proceso penal, no sólo en detalles o matices sino en una concepción general.

Ahora bien, como entendió el Tribunal Constitucional, nuestro sistema no se había acomodado aún, sin embargo, a esta recomendación. Es cierto que el Código Penal (art. 8.2) eximía de la responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años y consideraba atenuante (art. 9.3) la edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, pero también es evidente que no considera incapaces de infringir las leyes penales a los menores de ninguna edad, pues tanto el art. 9.1A) L.T.T.M. como el citado art. 8.2 C.P. implican una voluntad del menor en la realización de las acciones tipificadas como delitos o faltas.

Así un proceso que opera por la realización de hechos tipificados como delitos o faltas nunca podrá ser considerado como un proceso ajeno, distinto al proceso penal en una concepción general.

Por tanto, el artículo 15 fue declarado inconstitucional y nulo, ya que los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 de la Constitución han de ser también respetados en el proceso seguido contra menores a efectos penales.

Ante este panorama normativo, se hacía imprescindible la aprobación de una Ley que regulase la responsabilidad penal de los menores, anhelo que llegó con la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero de Responsabilidad Penal de los Menores (LORPM), dando así cumplimiento al artículo 19 del Código Penal.

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley el artículo 19 ha de ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo término, la edad

límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años.

Como principios básicos que inspiran el procedimiento de Menores podemos destacar:

1. El proceso tiene como ya advertía la Sentencia del Constitucional, una naturaleza penal. Si bien las medidas, que no penas, aplicables a los menores tienen una finalidad educativa.
2. En el proceso ha de primar el interés superior del menor. (No olvidemos menor infractor).
3. Flexibilidad en las medidas (por ejemplo posibilidad de modificarlas en ejecución).
4. La ejecución de las medidas corresponde a las entidades públicas.
5. Responsabilidad civil objetiva de padres tutores acogedores y guardadores por delitos cometidos por menores.

1.1. Modificaciones

La Ley entró en vigor el 13 de enero del 2001, si bien el legislador nos sorprendió con dos modificaciones antes de su entrada en vigor. La primera por LO 7/2000 de 22 de diciembre relativa a delitos de terrorismo y la segunda por LO 9/2000 de misma fecha. Esta última atribuye competencia a la Audiencia Provincial para conocer los de los recursos contra resoluciones de Juzgados de Menores.

Sin olvidar la modificación de la LO 15/2003 que veremos posteriormente, la modificación más importante es la que se ha producido por LO 8/2006 de 4 de diciembre.

Esta modificación es fruto de la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, introducida por el apartado tercero de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que prevé que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, continúa señalando la disposición adicional, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

En cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Fruto de esta evaluación se realiza la modificación de la Ley.

Así, en primer lugar, se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedican a la realización de tales actividades.

Por otra parte, se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años. Además, se añade una nueva medida, semejante a la prevista en el Código Penal, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

Se faculta al juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida.

Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento del agresor respecto de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez. Al mismo tiempo, se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses.

Por otra parte, se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor.

Finalmente, se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se

hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, y en su beneficio, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles. La responsabilidad civil ya no se ventila en pieza separada sino que se resuelve en la misma vista en que se resuelve la responsabilidad penal.

Por último, se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas

2. COMPETENCIA Y PARTES DEL PROCESO DE MENORES

2.1. Competencia

2.1.1. Regla general (art.º 2/41)

Los jueces de menores conocerán en primera instancia, los delitos y faltas cometidas por los mayores de 14 años y menores de 18. Se encargarán también de la ejecución de las medidas impuestas, si bien en este caso como veremos posteriormente no hay que olvidar las amplias facultades atribuidas por la Ley a las Comunidades Autónomas para ejecutar las medidas. Siendo competente el juez del lugar donde se hubieran cometidos los hechos. Si los hechos se han cometido en lugares distintos, como regla especial en relación al procedimiento de adultos, la competencia vendrá determinada por el domicilio de la víctima. En los demás casos se aplican las reglas generales del art. 18 de la Lecrm. La competencia para conocer los recursos contra autos y sentencias de los juzgados de menores corresponderá a la Audiencia Provincial correspondiente.

2.1.2. Regla especial (art. 2/41)

Cuando se trate de delitos de terrorismo, recogidos en los arts 571 y ss del Código Penal, la competencia para conocer de los mismos corresponderá al Juez Central de menores de la Audiencia Nacional. En caso de recurso, la competencia corresponderá también a la Audiencia Nacional, pero esta vez a la Sala de lo Penal.

2.2. Partes en el procedimiento

2.2.1. Ministerio Fiscal

El papel del ministerio público en el ámbito de menores, es fundamental. Tiene atribuidas funciones de instrucción e investigación. Ya no sólo se limita a ejercer la acción penal y civil, sino que ha de garantizar especialmente la protección del menor agresor y la protección de sus derechos. Es por ello por lo que se va a encargar de funciones de instrucción. Conforme al art. 6 de la Ley el Fiscal dirige personalmente la investigación de los hechos y ordena a la policía judicial que realiza las averiguaciones necesarias. El fiscal se convierte en estos procesos en un verdadero órgano instructor sustituyendo a los jueces de instrucción.

2.2.2. Menor responsable

Conforme a la Ley hablamos de menores de 18 años y mayores de 14 años. El menor de 14 años es inimputable, no se le puede exigir responsabilidad penal sin perjuicio de que se puedan adoptar medidas de protección, como pudiera ser la asunción de tutela por parte de un organismo público.

Respecto a la inimputabilidad de los menores de 14 años, hemos de rescatar dado su carácter reciente, el informe presentado por la Fiscalía catalana, en el que se solicita que los menores de 14 años sean imputables, concretamente a partir de 12 años.

El argumento en el que se basa es el aumento de delincuencia de los menores de 14 años. Estos niños son utilizados por las mafias del Este para cometer sus distintos delitos, llegando los menores a cometer varios delitos en un mismo día sin que la policía pueda hacer nada para evitarlo.

La Memoria alerta de que "en los últimos años se ha triplicado el número de menores, sobre todo rumanos, que son explotados por mafias y que no se les puede considerar desamparados, ya que o están casados o mantienen una situación de emancipación de hecho o tienen contactos estrechos con una "amplia familia".

A este respecto se podía responder de dos maneras. En primer lugar conforme a nuestra legislación, no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 44 C.C.). La edad de emancipación es la de 16 años. Sólo sería posible que un menor de 14 años pueda casarse si ha obtenido una dispensa del Ministerio de Justicia (art.º 48 C.C.). Por tanto el matrimonio no afecta a los menores a los que nos estamos refiriendo (menores de 14 años).

En segundo lugar el hecho de que un menor viva con sus parientes no determina que no vaya a estar desamparado. Entiendo, conforme ya no sólo a nuestra legislación sino conforme a la Convención de los Derechos del Niño de 1989, que si un menor de 14 años está constantemente cometiendo delitos, se le puede considerar en desamparo y constituir una tutela autonómica "ex lege" independientemente de que viva con padres o familiares.

Es peligroso bajar el límite de los 14 años. Desde luego si se baja a 12 años, dentro de poco tendremos otro informe en el que se pretenda bajar la edad a 10 años pues se alertaría de que las mafias utilizaran a los menores de 12 años. La solución, más que rebajar la edad penal de imputabilidad de los menores ¿no estaría en redoblar los esfuerzos para acabar con estas mafias?

Existen casos en los que menores de 14 años cometen delitos graves, cuya erradicación requiere un verdadero esfuerzo de la sociedad. Desde luego si los menores de 14 años empiezan a delinquir de forma constante hay algo que falla en nuestra sociedad y dudo mucho se pueda arreglar imputando a los menores de 14 años.

En el apartado de la edad hemos de hacer obligada mención a la Ley Orgánica 8/2006 de modificación de la LORPM. En la redacción originaria de la LORPM, se permitía que la misma se aplicase a mayores de 18 años y menores de 21. Así se les aplicaba la Ley cuando el juez de instrucción competente (aquí si hay juez de instrucción puesto que ya habían cumplido la mayoría de edad), oído el Ministerio Fiscal, el Letrado del imputado y el equipo técnico, lo establecía mediante Auto. Ahora bien para ello era necesario que se diesen tres requisitos:

- Que el imputado hubiere cometido una falta o un delito menos grave sin violencia ni intimidación en las personas ni grave peligro para las mismas tipificadas en el Código Penal o en las Leyes penales especiales.
- Que no haya sido condenado por sentencia firme por hechos delictivos una vez cumplidos los 18 años.
- Que las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez aconsejen la aplicación de esta Ley, siendo fundamental en este punto la luz que aporte el Equipo Técnico.

La entrada en vigor de dicho artículo 4 LORPM, fue suspendida por el propio Legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera, por un plazo de dos años, mediante la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la agilización de la Administración de Justicia. Y la segunda a través de

la Disposición Transitoria Única de la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de Modificación del Código Penal y del Código Civil sobre sustracción de menores, que establecía textualmente:

"Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007".

Por su parte, la nueva L.O. 8/2006 deroga definitivamente la norma, sustituyendo la redacción del artículo 4, que se ha sustituido por otra que nada tiene que ver con su anterior contenido. En consecuencia, la posibilidad de aplicación de la LORPM a delitos o faltas cometidos por mayores de edad desaparece por completo de su texto. La Exposición de Motivos confirma el sentido de la decisión del Legislador, al expresar de manera categórica que "[...] se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años".

Con ello podemos pensar que nunca existió de forma eficaz tal norma, puesto que en primer lugar se suspendió antes de su entrada en vigor, y posteriormente se deroga por la LO 8/2006. Ahora bien, como no podía ser de otra forma, el legislador nos sorprende con un error material flagrante, fruto de las premuras por legislar y cambiar normas, olvidando en esta labor tan importante para una sociedad democrática, pilares jurídicos como el art. 2.3 de nuestro Código Civil.

La suspensión de la norma tenía vigencia hasta el 1 de enero del 2007. Publicándose la Ley orgánica 8/2006 antes de Enero el problema se hubiera solucionado. Pero olvida el legislador que el mismo ha previsto que la entrada en vigor de la modificación no se produzca hasta el 4 de febrero de 2008. Por lo que en puridad, durante un mes y cuatro días, la LORPM pudo aplicarse a los mayores de 18 años y menores de 21.

Esta actuación del legislador, obligó a la fiscalía general del Estado, a dictar una instrucción (5/2006 de 26 de diciembre) en la que siguiendo el criterio lógico, jurídico y el art. 31. del Código Civil, concluye de la manera que sigue:

- 1ª. La derogación del artículo 4 de la L.O. 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante L.O. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la L.O. 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.
- 2ª. La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en

particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3ª. Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado artículo 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

4ª. En consecuencia, las Ilmas. e Ilmos. Sras. y Sres. Fiscales, en virtud de los razonamientos expuestos en la presente Instrucción, se opondrán en todo caso a la aplicación de dicho artículo 4 LORPM, en su redacción derogada, informando negativamente los traslados que a tal efecto se les confieran, e interpondrán los recursos oportunos contra las resoluciones judiciales que lo apliquen.

2.2.3. Víctima

En la redacción originaria de la Ley la intervención de la víctima no estaba bien definida. Existía una diferencia fundamental con respecto al proceso de adultos, anunciado ya la exposición de motivos de la Ley, y en que se impedía a la víctima ejercitar la acción penal considerando que podía perjudicar al menor agresor. En compensación, en mi opinión poco acertada, se le permitía a la víctima participar ampliamente en la pieza de responsabilidad civil, entendiéndose por tanto que el ejercicio de la acción civil no iba a perjudicar al menor.

El principio "favor minoris" es un principio que es y ha de ser fundamental en una sociedad democrática como la nuestra. Ahora bien no podemos, desde un punto de vista jurídico, vivir bajo el yugo de este principio. Negar a una víctima de un delito la posibilidad de ejercitar la acción penal, es negarle un derecho fundamental que ejercitado de forma adecuada, en nada ha de afectar al menor agresor y a sus derechos. Para el caso de que no ejercitase de forma adecuada, habrá de ser el juez quien actúe.

En el ámbito penal, y no olvidemos que aun tratándose de menores es el ámbito en el que nos movemos, no puede permitirse que el

principio acusatorio recaiga sólo sobre una parte. En un procedimiento con todas las garantías, ha de permitirse a las víctimas poderse personar en los procedimientos ejercitando la acción penal. En muchos casos los delitos de menores no son graves, la mayor parte son hurtos, pequeños robos... pero otros sin embargo revisten una gravedad extrema, como fue el caso de Sandra Palo conocido por todos, en los tres de los acusados y condenados eran menores de edad. No se justificaba de ningún modo que el interés del menor, en estos procedimientos, se impusiese al derecho de la víctima a ejercitar la acción penal.

Esta cuestión fue modificada por la disposición final segunda de la **Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre**, de modificación de la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, que aprueba el Código penal.

Con la nueva redacción de la Ley los derechos de la víctima se recogen en el art. 25 enumerando los siguientes derechos:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

2.2.4. Equipo técnico

Figura desconocida en el proceso de adultos. El Equipo Técnico esta constituido por psicólogos, educadores y trabajadores sociales y dependen funcionalmente del Ministerio Fiscal. Participan en todas las fases del proceso informando sobre circunstancias sociales y educativas del menor. Es relevante, a efectos de aplicar la medida, el

informe que emiten oralmente antes de concluir el juicio, en el que exponen los antecedentes del menor y manifiesta si están o no conformes con la medida solicitada por el fiscal o las acusaciones particulares (sin entrar a valorar elementos de culpabilidad).

La intervención de este equipo es fundamental en relación a los menores y sus derechos, ya que conocen todos sus antecedentes sociales y educativos, abriendo una vía no sólo jurídica en estos procesos, sino una educativa tratando de casar así los ideales de la ley con la práctica.

3. FASES DEL PROCEDIMIENTO

3.1. Instrucción

Una de las especialidades del procedimiento de menores es como apuntábamos anteriormente, la ausencia de un juez de instrucción. Es el Ministerio Fiscal quien se va a encargar de la instrucción de estos procesos, llevando y dirigiendo personalmente toda la investigación. Podríamos ver alguna similitud con los juicios abreviados o los juicios rápidos de la Lecrm, que tras la modificación operada por la Ley 38/2002 de 24 de octubre, el Ministerio Público se convierte en un "instructor paralelo". Ahora bien en la jurisdicción de menores es el único órgano instructor.

La actuación del fiscal en esta fase de investigación tiene un límite fundamental, y es que no podrá realizar ninguna actuación que limite el derecho de los menores (Medidas cautelares) sino que para ello habrá de solicitar la intervención del juez de menores.

Este principio se recogió ya en el art 15 de la Ley orgánica de competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores. El Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias, tomando en consideración el interés del menor.

Es interesante destacar que este artículo fue objeto de dos cuestiones de inconstitucionalidad, pues se consideraba que con ello se vulneraba el principio de "juez no prevenido" que exige separar las funciones instructoras y las de enjuiciamiento y decisión, poniendo en peligro las garantías del procedimiento y por tanto vulnerando el art. 24 de la Constitución.

Estas dudas fueron resueltas por la sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995 de 17 de marzo considerando que en puridad esta actuación del juez, no era una actuación de investigación e instrucción,

sino que era una actuación de limitación de derechos fundamentales, en las que por tanto conforme a nuestro texto constitucional, es absolutamente necesaria la presencia del juzgador.

En esta fase de instrucción hay que destacar el posible desistimiento de la incoación del expediente por parte del Fiscal. Este desistimiento se puede producir por dos vías. Por la del art. 18 y por la del art. 19.

La primera de las mencionadas se aplica, cuando se trate de delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas. El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

Existe aquí otra diferencia importante con el proceso penal de adultos. El Ministerio Fiscal puede unilateralmente desistir del proceso aun cuando tenga conocimiento de que se ha perpetrado un delito o falta. El desistimiento se comunicará a las víctimas que podrán en su caso ejercitar la acción civil. Claro que en este caso habrán de ejercitarla en un proceso ante la jurisdicción civil que se regulará por las disposiciones del Código Civil, ya que al no haber delito o falta, estamos ante una responsabilidad extracontractual del art 1902.

El Ministerio Fiscal actúa de forma similar a si el delito hubiese sido cometido por una menor de 14 años. Se comunica al órgano competente de protección de menores, en el caso de la Comunidad de Madrid al Instituto del Menor y la Familia, con el fin de que se hagan el seguimiento oportunos del menor y se evite, en la manera de lo posible que vuelva a delinquir.

Existe una excepción: si el menor hubiese cometido hechos anteriores de similar naturaleza, el fiscal habrá de incoar el expediente. Este último inciso en la práctica judicial produce distintas situaciones que en nada benefician al menor y libera en cierta medida, a los padres y su labor educativa.

Así se han iniciado procedimientos a menores por casos que debieran de haber quedado en el ámbito familiar. Podemos traer a colación un procedimiento en el que se imputó al menor una falta de estafa. Si analizamos las alegaciones de la acusación, vemos que se está vulnerando a nuestro entender el principio de mínima intervención. El menor supuestamente, pidió varias pizzas por teléfono y no pagó la totalidad de las mismas. Desde luego es un hecho reprobable pero ¿judicialmente? Es absurdo judicializar estos casos, cuando pueden y deben resolverse en el ámbito doméstico, más aún cuando se ha reparado civilmente a la víctima.

Ahora resulta más que sorprendente que el fiscal por esta falta solicitara *6 meses de libertad vigilada*. Y digo sorprendente al ponerlo en

comparación con el caso que veremos posteriormente en el que a un menor por entrar a robar en casa habitada se le impuso una medida de 50 horas de prestaciones en beneficio de la Comunidad.

La segunda vía de desistimiento la encontramos en el art. 19: es posible desistir del expediente cuando exista conciliación entre la víctima y el menor.

El Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. Se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

Vemos como este artículo trata de aplicar el tan anhelado principio educativo, difícilmente conjugable en un proceso penal. Volvamos al caso de la Pizza. Imaginemos que el menor se arrepiente y alcanza un

acuerdo. Si el menor no cumple ese acuerdo, se inicia el expediente y el juicio correspondiente. O que el dueño de la pizza no quiere alcanzar ningún acuerdo y quiere que el menor "pague". Esto nos deriva a un proceso penal. De menores, pero penal.

Entendemos que es más lógico que sean los padres quienes hagan esa labor. Pensemos que aunque estemos ante delito o falta, se trata de hechos sin violencia y sin intimidación ni daños en las personas. En estos casos en los que exista además un acuerdo civil, es más lógico que la posible consecuencia de los hechos venga determinada por los padres o tutores, sin necesidad de intervención del fiscal. Con estas actuaciones, la justicia realiza funciones que tradicionalmente han correspondido a los padres.

En estos casos el principio "favor minoris" si habría que imponerse sobre el de la víctima, permitiendo no incoar el expediente aun cuando la víctima no acepte las disculpas del menor. El legislador inicial no era congruente con este principio del menor, pues unas veces lo aplicaba de forma radical (impidiendo la acción penal al perjudicado) y otras en cambio se olvidaba de él.

Durante la fase de instrucción, dada la diferencia que existe con el proceso de adultos, hemos de destacar el informe del Equipo Técnico. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés

del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés de la menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el art. 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor.

Vemos por tanto, como decíamos al principio, que la intervención de este Equipo Técnico se convierte en fundamental. Podemos decir que es la parte del proceso que va a garantizar la aplicación de los criterios educativos, asesorando igualmente al Ministerio Fiscal de cuestiones extra-jurídicas que han de aplicarse en estos procesos de menores.

3.2. Detención del menor y medidas cautelares durante la instrucción

Al igual que ocurre en el proceso de adultos, la Ley del Penal del menor permite la adopción de una serie de Medidas Cautelares, si bien como no podía ser de otra forma, se aprecian relevantes diferencias.

La detención del menor, cuando esta fuere necesaria, se recoge en el artículo 17 de la Ley. El artículo pretende que la detención se haga de forma que perjudique lo menos posible al menor y se adecue a sus circunstancias. Así, como diferencias a destacar, podemos ver:

- La declaración del detenido ha de hacerse no sólo en presencia de su Letrado, sino también en presencia de sus padres, tutores o guardadores, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario. A falta de estos, se requiere la presencia de Fiscal diferente al que se encargue de la instrucción.
- Durante la detención el menor ha de encontrarse en dependencias separadas de las dependencias donde se encuentren los mayores de edad. Además recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.
- La detención durará el tiempo estrictamente necesario. De cualquier forma en un plazo máximo de 24 horas habrá de ser

puesto a disposición del Ministerio Fiscal. El Fiscal así mismo, en un plazo máximo de 48 horas habrá de decidir sobre la puesta en libertad del menor, el desistimiento del art. 18 o la incoación del expediente, poniendo al menor a disposición del Juez de Menores competente e instando las medidas cautelares si fuere necesario.

- El menor podrá iniciar un procedimiento de "habeas corpus" siendo competente para conocer del mismo el juez de instrucción del lugar en que se encuentre el menor.

Respecto a las medidas cautelares, se regulan en los arts 28 y siguientes. El artículo 28 recoge las reglas generales y ha sido redactado por la Ley orgánica 8/2006. Esta Ley ha introducido distintas modificaciones en la redacción del artículo. Podemos destacar las siguientes:

- Permite a la acusación particular solicitar la adopción de Medidas Cautelares. Esta modificación responde a la lógica jurídica, pues si los particulares podían desde la reforma del 2003 formular acusación particular, parece lógico que también puedan solicitar la adopción de medidas cautelares.
- Del párrafo segundo se elimina el requisito de "alarma social". Vemos como esta modificación sigue la estela de la modificación de la Lecrm. Por la Ley orgánica 13/2003 que modificó la regulación de la prisión provisional, eliminando los términos que hacían referencia a la alarma social.

Las medidas cautelares recogidas en la Ley son las siguientes:

- Medida de internamiento (modificado por LO 8/2006) en régimen adecuado. Su duración en principio no podrá exceder de 6 meses (importante diferencia en relación con los adultos), si bien podrá prorrogarse por tres meses más a instancia del Ministerio Fiscal y adoptada mediante auto motivado del Juez de Menores.
- Libertad vigilada.
- Prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima y las personas o familiares que determine el juez.
- Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Se prevé en el art. 29 la posibilidad de adoptar determinadas medidas tendentes a proteger al menor agresor. En aquellos supuestos en los que exista la certeza que concurre una eximente de los párrafos 1,2,3 del Código Penal, se adoptarán las medidas necesarias para la

protección y custodia del menor. Así por ejemplo el Ministerio Fiscal comunicará inmediatamente la necesidad de adoptar medidas de protección a los órganos competentes de protección del menor. En el caso de la Comunidad de Madrid, se comunicará a la Comisión de Tutela para que en caso de que exista desamparo, proceda a la tutela del menor (art 172 Cc). Dándose esta circunstancia, no concluye la instrucción sino que continúa con el fin de adoptar alguna medida terapéutica si la misma fuese necesaria.

3.3. Conclusión del Sumario

En cuanto a la conclusión del Sumario, las diferencias más importantes respecto al proceso de adultos es la inexistencia de un Juez de instrucción, labor que como venimos insistiendo realiza el Ministerio Fiscal. El ministerio Fiscal podrá solicitar el sobreseimiento en su caso la apertura de la fase de audiencia, en este último caso realizará su escrito de alegaciones. Como característica especial de este escrito, se prevé la posibilidad de que el Fiscal cite en el acto de audiencia a personas o representantes de entidades públicas o privadas que aporten elementos de interés para el menor.

El juez de Menores acordará la apertura del trámite de Audiencia o el sobreseimiento. Destaca la posibilidad de que acordado el sobreseimiento, el juez pueda remitir al órgano competente de protección de menores para que adopte las medidas necesarias. Es posible que no quede suficientemente acreditado en la instrucción la perpetración del delito, por lo que procede el sobreseimiento. Pero ello no obsta a que el menor pudiera encontrarse en situación de riesgo social. Para ello se da traslado a los órganos de protección del menor (en la Comunidad de Madrid el IMMF) para que adopten las medidas oportunas de protección del menor.

3.4. Trámite de Audiencia

El trámite de audiencia no presenta grandes diferencias con el proceso de adultos. La misma se celebra con la presencia del Ministerio Fiscal, las acusaciones particulares en su caso, el menor y su letrado, los responsables civiles y sus letrados en su caso, y los representantes de la entidad pública de reforma o de protección que hubiese intervenido en la instrucción. En el caso de la Comunidad de Madrid es el representante del ARMI (Agencia para la Reeducación y la Reinserción del Menor Infractor de la Comunidad de Madrid).

3.5. Sentencias de Conformidad

Dentro del trámite de audiencia hemos de hacer especial hincapié en las sentencias de conformidad. Se recoge al igual que en el proceso de adultos, la posibilidad de que pueda concluir el procedimiento por sentencia de conformidad. Regulada en este caso en el art. 36 de la LORPM redactado conforme a la LO8/2006.

Siguiendo es espíritu educativo de la Ley, es preferible esta sentencia de conformidad, es decir, que cuando el menor sea autor de los hechos reconozca su participación y acepte las consecuencias de los hechos.

Pues bien esta idea en principio idílica y acorde con la finalidad de la Ley merece mi más plena crítica. En la práctica esta idea de conformidad que esta latente en todos los juicios de Menores, en muchos casos no trae más que problemas.

El fiscal realiza un escrito de alegaciones en los que pide una severa medida. Ahora bien antes de entrar en el juicio, los letrados de los menores solicitan hablar con el fiscal. En este momento se advierte al Letrado que en caso de que el menor admita los hechos se modificará la medida, siendo esta más liviana que la solicitada un primer momento. Pero para que entendamos bien estos casos podemos poner un ejemplo real que concluyó con sentencia de conformidad.

3.6. El fiscal realiza las siguientes alegaciones

1. Sobre las xx horas del día xxxx el menor xxxx, estando bajo la guarda y custodia de la Comunidad de Madrid, guiado por el ánimo de obtener un ilícito beneficio accedió al interior de una vivienda, que constituía el domicilio habitual de dos personas. Forzando al cerradura se apoderó de unos objetos valorados en más de 4.000€.
2. Los hechos son constitutivos de un delito continuado de robo con fuerza en la casa habitada de los arts. 238 1º/2º, 241 1º y 74 del CP.
3. El citado menor aparece como autor de los hechos relatados.
4. El menor presenta las circunstancias personales y sociales que se reflejan en el informe del Equipo Técnico.
5. Se solicita se adopte la medida de **dos años de internamiento en régimen semiabierto cumpliendo los dos últimos meses en régimen de libertad vigilada.**
6. El menor indemnizará solidariamente con la Comunidad de Madrid en tantos €.

Finalmente se solicitaba una serie de pruebas para ratificar lo dicho en el escrito.

El Letrado del menor antes de iniciar la audiencia habló con el fiscal alcanzando un acuerdo de conformidad en la vía penal. En la vía civil no había acuerdo su cliente no estaba dispuesto a pagar nada ya que estaba tutelado por la Comunidad de Madrid.

Pues bien el Juzgado de Menores nº 1 de Madrid siguiendo la petición del fiscal (principio acusatorio) impuso al menor la medida de **50 horas de prestaciones en beneficio de la Comunidad.**

El menor ya había sido condenado anteriormente al menos dos veces por hechos similares. Cabe preguntarse cuanto menos, si realmente es educativa esta actuación para el menor y favorece su reinserción.

Está ocurriendo en el ámbito de menores que se están forzando las conformidades. Basta ver el número excesivo de conformidades que existen en esta jurisdicción. Desde luego es educativo que un menor acepte y reconozca los hechos que ha cometido y asuma su culpa, pero no que se fuerce tanto una conformidad.

El problema se produce cuando habiendo acuerdo de conformidad, la medida baja considerablemente. No son pocos los menores que no habiendo intervenido en el hecho acaban admitiendo el mismo. Ellos mismo explican que aunque no hayan participado, tienen miedo a perder, y prefieren aceptar la medida rebajada del fiscal. Desde luego si la medida es internamiento durante dos años o 50 horas de prestaciones sociales, más de uno admitiría el hecho aunque no lo hubiese cometido, más aún cuando al cumplir los 18 años se borran los antecedentes de menores.

Volviendo al caso anterior, el menor en concreto ya había sido condenado anteriormente por dos hechos similares. Es difícil entender como es posible que bajase tanto la medida solicitada teniendo en cuenta, como veremos posteriormente, que al estar el menor tutelado por la Comunidad de Madrid, no iba a responder civilmente de los hechos. El mensaje en este caso puede ser alarmante. Puedes entrar en un sitio y robar. En el juicio admites los hechos y la medida se te queda en casi nada. Luego en el tema del dinero ni te preocupes, que como estas tutelado, paga la Comunidad de Madrid.

Es muy recomendable que el menor acepte los hechos, pero entiendo que una cosa es intentar que acepte los hechos y otra cosa muy distinta es forzar entre todos a que los acepte.

Finalmente una vez celebrada la Audiencia, concluye esta de una manera muy similar al proceso de adultos. Expone los hechos y justifica la petición de sus medidas el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares en su caso. Después hablan las defensas y finalmente el

menor es preguntado sobre si quiere manifestar alguna cosa. Hasta aquí el proceso es igual que en el de adultos, si bien se introduce una variante interesante que comentábamos anteriormente. Una vez el Fiscal ha hecho su exposición, da la palabra al Equipo Técnico, quien habla de las características del menor y de su pasado, manifestando lo que tenga por oportuno en relación con la medida solicitada. Vemos como de nuevo en este proceso de Menores, es muy relevante la figura del Equipo técnico.

3.7. Sentencia

Recogida en el título V de la Ley. Una vez concluida la Audiencia el juez de Menores dictará sentencia en un plazo de 5 días. El contenido básico de la sentencia, se ajusta a lo dispuesto en la Ley orgánica del Poder judicial, de hecho la Ley de Menores se remite a la misma. Como novedad se recoge la necesidad de incluir en la sentencia todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor, la edad de éste en el momento de dictar la sentencia, y la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Resolverá sobre la medida o medidas propuestas, con indicación expresa de su contenido, duración y objetivos a alcanzar con las mismas, y en la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, con el contenido indicado en el artículo 115 del Código Penal.

Cabe destacar la posibilidad de que el Juez de menores anticipe el fallo de viva voz sin perjuicio de que posteriormente se realice la documentación oportuna del fallo mismo. Esta posibilidad es importante ya que en aquellos casos en los que resulta claro el fallo o ha habido conformidad, es conveniente que sea el propio menor quien oiga la medida del juez, quien para el menor es la máxima figura y le imprime gran respeto. Hay que destacar igualmente la sensibilidad que demuestran los Jueces de menores de Madrid a la hora de tratar a los mismos.

Se ha de destacar igualmente, en la determinación de las medidas, la posibilidad de que el juez pueda imponer a los menores medidas distintas por unos mismos hechos y un mismo grado de participación, sin concurrir en los menores atenuantes o agravantes, algo impensable en el proceso de adultos.

Así por ejemplo en un caso de robo con intimidación cometido por dos menores a uno de ellos se le impuso una medida de libertad vigilada y al otro de régimen semi-abierto. Ello responde al tan repetido

criterio educativo que inspira la Ley penal del menor. La medida, que no la pena, tiene una finalidad "educativa" y no todos los menores requieren la misma intervención.

3.8. Régimen de recursos

Regulado en el título VI de la Ley, se recogen los siguientes recursos:

3.8.1. Recursos de Apelación y Reforma

El precepto relativo al recurso de apelación fue modificado por la Ley O 8/2006. Se sustituye la referencia al artículo 14 por el artículo 13 en el apartado 3º, se modifica la rúbrica y se adicionan los apartados 4º y 5º.

Respecto al recurso de apelación, cabe el mismo contra la sentencia dictada por el Juez de Menores. Se interpondrá ante el Juez que dictó aquélla en el plazo de cinco días a contar desde su notificación. Conocerá la correspondiente Audiencia Provincial, y se resolverá previa celebración de vista pública, salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima, el Tribunal acuerde que se celebre a puerta cerrada. A la vista deberán asistir las partes y, si el Tribunal lo considera oportuno, el representante del equipo técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que hayan intervenido en el caso concreto. El recurrente podrá solicitar del Tribunal la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto al recurso de Reforma se establece que contra los autos y providencias de los Jueces de Menores cabe recurso de reforma ante el propio órgano, que se interpondrá en el plazo de tres días a partir de la notificación. El auto que resuelva la impugnación de la providencia será susceptible de recurso de apelación.

También se recoge el recurso de apelación contra los autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan el incidente de los arts. 13, 28, 29 y 40 de la Ley, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado.

Contra los autos y sentencias dictados por el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Contra las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales caben los mismos recursos que los expresados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se sustanciarán en la forma que en ella se determina.

Vemos pues que se establece un régimen similar al proceso de adultos, remitiéndose la Ley de Menores a la Lecrm.

3.8.2. Recurso de Casación

Modificado este recurso por la Ley O 8/2006 con el objeto de simplificar el procedimiento, son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10.

El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.

El recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma.

El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia.

Si la Audiencia Nacional o Provincial ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala.

El recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo de aplicación en la interposición, sustanciación y resolución del recurso lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte aplicable.

3.8.3. Ejecución de Medidas

Antes de entrar en la ejecución propiamente dicha, hemos de advertir que al igual que ocurre en el proceso de adultos, se establece la posibilidad de que el juez de Menores pueda acordar la suspensión de la ejecución de la medida recogiendo un régimen muy similar al previsto en el artículo 80 del Código Penal. Por supuesto existen diferencias derivadas de la finalidad educativa de la Ley. Así se requiere

un compromiso del menor en el que muestre su intención de "reintegrarse a la sociedad". Aquí el legislador emplea términos poco acertados ya que más que un compromiso de reinserción en la sociedad (poco entendible para un menor), lo que se pretende es que el infractor comprenda que ha hecho un acto reprobable y que no debe repetir. Se prevé también la posibilidad de imponer al menor un trabajo socio-educativo.

Con ello se pretende fundamentalmente evitar que menores que hayan podido cometer una equivocación puntual, entren en un centro de reforma. Ahora bien se requiere un compromiso del menor, que comprenda el mal de su acción. Además, aquí si que con acierto del legislador, se pretende implicar a los padres, tutores o guardadores para que participen en los posibles trabajos que haya de realizar el menor.

En cuanto a la ejecución de medidas se regula en el Título VII de la Ley, bajo el estricto principio de legalidad como no podía ser de otra manera. La ejecución de las medidas se hace bajo el control del Juez de Menores, siendo la ejecución una competencia administrativa.

La ejecución de medidas es competencia de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla. Esta competencia administrativa prevista en la Ley, es consecuencia de la disposición final vigésimo segunda de la Ley orgánica de protección del menor (LO 1/1996 de 15 de enero) que hacía esta previsión.

Centrándonos en nuestra Comunidad Autónoma, la competencia corresponde a la Agencia para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor. (ARRMI). Esta Agencia fue creada por ley 3/2004, de 10 de diciembre.

Conforme a la Exposición de Motivos, la Ley pretende crear un Organismo Autónomo (exigencia de ley derivada de la Ley 1/84 de 19 de enero) que en el ámbito de la Comunidad de Madrid asuma de manera integral la ejecución de cuantas medidas sean necesarias para el cumplimiento de los aspectos y actuaciones recogidas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, y en su Reglamento de desarrollo, de tal modo que impulse, dirija y coordine todos los trabajos en marcha y las acciones previstas al efecto por las distintas Consejerías intervinientes del Gobierno Regional.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 26.1.1 del Estatuto de Autonomía que atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva en materia de organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno y dada la especificidad de la materia, se considera necesario concentrar todas las funciones derivadas de la Ley Orgánica 5/2000 y del Real Decreto 1774/2004 en este nuevo Organismo Autónomo, con personalidad jurídica propia, que quedará adscrito a la Consejería competente en materia de justicia. Por el

contrario, las funciones del Instituto Madrileño del Menor y la Familia quedarán referidas a actuaciones relativas a menores, con carácter general, frente a la concreción y especialidad de las atribuidas a la nueva Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor.

Con ello existen en la Comunidad de Madrid dos órganos específicos que se encargan de la protección de los menores:

- a) El Instituto Madrileño del Menor y la Familia, creado por Ley 2/1996, de 24 junio, que se encarga de la protección de los menores que se encuentren en la Comunidad de Madrid, dependiente de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales
- b) El ARMI, que se encarga de ejecutar las medidas impuestas conforme a la Ley de Menores y no depende de la Consejería de Familia sino de la de Justicia.

Es importante destacar en el ámbito de menores, la posibilidad que existe de modificación de las medidas, algo impensable en el proceso de adultos. Una vez acordada la medida, el Equipo Técnico puede solicitar la modificación de la misma e impulsarla judicialmente.

En este caso, conforme al artículo 13 de la Ley, el Juez en forma de Auto motivado y recurrible, podrá modificar la Medida impuesta, acortando el tiempo o sustituyéndola por otra. Un precepto que casa perfectamente con el interés superior del menor y el criterio educativo de la Ley.

4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA COMUNIDAD DE MADRID EN EL PROCESO PENAL DE MENORES

Con carácter general, la responsabilidad civil en el ámbito de menores se recoge en el Título VIII de la Ley.

Antes de entrar a valorar la responsabilidad de la administración en estos procesos, hemos de analizar brevemente cual es el vínculo del que deriva la responsabilidad de la Administración Pública, en nuestro caso la Comunidad de Madrid.

La responsabilidad civil de la Comunidad de Madrid se produce en todos aquellos casos en los que el menor infractor se encuentra bajo la guarda y custodia de la Comunidad, es decir cuando el menor se encuentra guardado o tutelado por nuestra Administración. Para analizar este punto hemos de adentrarnos en la normativa que existe al respecto.

Partiendo de la esfera más alta, la supra-estatal, encontramos la Convención de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989

ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, por lo que es de plena aplicación en nuestro territorio nacional y autonómico.

Ya en el preámbulo, se apuntan unas cuestiones interesantes que influyen sin duda en su articulado. Así... "Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión".

Este principio fundamental de desarrollo en un ámbito familiar que va a inspirar la norma, no impide que en el art. 20.1 en virtud del principio "favor minoris" se recoja que "Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado".

Por tanto el niño ha de desarrollarse en un ámbito familiar, pero si eso no fuera posible, será el Estado o las instituciones públicas quienes hayan de velar por el mismo, pero siempre con carácter restrictivo, pues el ambiente adecuado es el de una familia (ya sea biológica o seleccionada).

La siguiente capa legislativa, nos llevaría a la legislación estatal. Comenzando por nuestra Carta Magna, se establece en la misma un derecho fundamental, en relación al menor y la familia. Concretamente el art. 39 dispone que *los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo asegurará la protección integral de los hijos.* (lo que justificaría una intervención pública).

Hemos de destacar igualmente la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, Ley importantísima en el ámbito en el que nos movemos pues definirá con mayor o menor acierto el "desamparo".

Tampoco podemos olvidar el Código Civil y sus modificaciones, de aplicación directa e imperativa en nuestro territorio autonómico, en virtud del art. 149.1, 18 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la normativa de la Comunidad de Madrid, hemos de comenzar haciendo referencia obligada a nuestro Estatuto de Autonomía. Estatuto que en el art. 26.1, 24 establece la competencia exclusiva de la Comunidad de Madrid en la *Protección y tutela de menores y desarrollo de políticas de promoción integral de la juventud.* Por lo que en caso de desamparo de un menor, la actuación no corresponde al Estado sino a nuestra Comunidad de Madrid.

Fruto de esta competencia se dictó la Ley 2/1995 de 28 de marzo, Ley de garantías de derechos de la infancia y la adolescencia de

Madrid. Esta Ley establece los distintos procedimientos de asunción de tutela de la Comunidad de Madrid en caso de desamparo.

Vista la normativa, hay dos supuestos en los que responderá la Comunidad de Madrid, cuando sea tutora o guardadora.

En cuanto a la tutela, la Comunidad de Madrid asumirá por ministerio de la Ley la tutela de todos los menores de edad que se encuentren desamparados dentro de su territorio. La definición de desamparo la encontramos en el artículo 172 del Código Civil. En el mismo se establece "*se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*"

Este concepto se erige como fundamental a efectos prácticos, pues permite que una entidad pública asuma la tutela de un menor, suspendiéndose la patria potestad de sus padres, y todo ello sin intervención judicial. La percepción o no del desamparo es una decisión puramente administrativa (sin perjuicio claro está de revisión judicial posterior) correspondiendo a La Comisión de Tutela del Menor, órgano colegiado del IMME.

En cuanto a la guarda se recoge expresamente en la Ley de garantías de la Infancia de la Comunidad de Madrid. La posibilidad de que a petición de los guardadores (ya sean padres, tutores, acogedores...) la Administración asuma temporalmente las funciones de guardador, por existir una situación temporal que impide ejercer la guarda de los menores a aquellos que tienen la obligación legal de ejercerla.

No podemos olvidar un último supuesto en el que la Comunidad de Madrid (sus organismos autónomos en este caso) respondería civilmente por delitos cometidos por menores. Este supuesto lo encontramos lejos de la legislación civil, es un supuesto que deriva de la propia Ley de menores. Son aquellos casos en los que un menor, sin existir ninguna medida de protección, está cumpliendo una medida judicial y delinque. Como veíamos anteriormente es el ARMI quien se encarga de ejecutar las medidas judiciales. En este caso los menores se encuentran bajo la guarda del organismo autónomo, que habrá de responder civilmente de los menores a su cargo. Ejemplo de un menor que se fuga del centro y comete un delito.

Entrando ya en el ámbito de la responsabilidad civil en el proceso de menores, la LORPM introduce una variante civil novedosa, en interés de la víctima, establece una responsabilidad objetiva de padres, tutores, acogedores y guardadores. Si bien deja un pequeño resquicio a la diligencia debida, pudiendo el juzgador moderar, nunca excluir esta responsabilidad, "cuando estos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave".

Esta novedad rompe así con el art. 1903 del Código Civil. Artículo que recoge la responsabilidad civil por hechos realizados por otras personas, responsabilidad que cesa "cuando las personas en el mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño".

Pero también rompe con la responsabilidad civil derivada de delito o falta recogida en el Código Penal. En el art. 118 del Código recoge la responsabilidad civil por delitos cometidos por otras personas, personas en quienes concurre la eximente del art. 20 n° 1 y 3. En este caso responderán civilmente quienes les tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia grave por su parte.

Tanto en uno como en otro Código, establece la posibilidad de excluir la responsabilidad civil de tutores y guardadores, cuando hubiesen empleado toda la diligencia debida. Sin embargo, quizás como compensación a la víctima por la negación inicial de constituirse en acusación particular, el legislador recoge en la LORPM una responsabilidad objetiva y solidaria de padres, tutores, acogedores y guardadores.

La Comunidad de Madrid por tanto responderá civilmente de todos los delitos que cometan los niños tutelados y guardados por la Comunidad. Hemos de tener en cuenta que en la mayor parte de los casos estos niños proceden de familias desestructuradas, que viven en ambientes cercanos a la delincuencia. Así la Comunidad no solo asume su cuidado (algo absolutamente necesario) sino que además ha de convertirse en aseguradora universal de estos niños, por imperativo de una norma dictada por el legislador estatal.

No estamos aquí ante una responsabilidad administrativa común regulada en título X de la Ley 30/1992. No es necesario que se den los requisitos que tradicionalmente recoge la jurisprudencia, es decir:

- a) Efectiva realización del daño o perjuicio evaluable económicamente.
- b) Que el daño sea debido al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos que puedan afectar al nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.

No es necesario, insisto, que se den estos requisitos. En el ámbito penal de menores, basta que el niño esté tutelado o guardado por la Comunidad de Madrid o por cualquier Comunidad Autónoma, para que se produzca la responsabilidad civil, sea cual fuere la actuación que se ha realizado con el menor. Ciertamente es que la Ley deja un pequeño

resquicio permitiendo a los jueces moderar esa responsabilidad cuando no se hubiese alentado esa actuación delictiva.

Respecto a la posible moderación, el Juez de Menores de León en sentencia 127/07 recogía "Es preciso advertir, además, que como el principio fundamental en esta materia es la reparación de la víctima, la moderación de la responsabilidad paterna sólo sería procedente cuando la indemnización suponga realmente una suma muy elevada y trastoque gravemente la economía familiar, pues si la suma es pequeña no hay razón para limitar esta responsabilidad..."

Apliquemos este razonamiento a un Comunidad Autónoma. Según el mismo nunca podrá ser moderada su responsabilidad, ya que difícilmente la cuantía puede suponer un gravamen para su economía. Muchos son los interrogantes que pueden hacerse ¿Cómo se determina ese perjuicio económico para la familia? ¿Qué pasa con la diligencia debida? Conforme a esta teoría papel mojado.

Desde el punto de vista de la víctima este cambio supone una revolución maravillosa, una compensación a las víctimas. Desde un punto de vista jurídico no tiene sentido que las víctimas sean tratadas de forma diferente en función de quien sea el agresor y en este caso lo están siendo. No van recibir el mismo trato las víctimas de un menor infractor que las víctimas de un inimputable mayor de edad, ya que en este último caso es posible que los guardadores queden liberados de su responsabilidad civil.

Puede darse el caso de que el mismo delito sea cometido por un menor y un mayor de edad, ambos tutelados por la Comunidad de Madrid (el mayor por la Agencia de Tutela del Adulto). Sería posible que en un caso el Juez Penal excluya la responsabilidad civil de la Comunidad de Madrid (art 118 Cp), mientras que en el caso del menor, el Juez de Menores nunca acordará esta exclusión. Entendiendo, claro está, que la Comunidad de Madrid en ambos casos empleó la misma diligencia.

La explicación no puede ser otra que una compensación. Es muy difícil que la víctima de un delito cometido por un menor, comprenda que en el proceso va a primar el interés del menor, pero del menor infractor. Además a este menor se le va a imponer no una pena sino una medida educativa. Si a eso unimos el hecho de que los menores casi siempre son insolventes...

La pregunta es, si desde el punto de vista del menor esta medida es o no educativa. Pues bien he de decir que desde este punto de vista y según mi experiencia en los Juzgados, esta responsabilidad objetiva produce efectos perjudiciales para el menor por una serie de cuestiones que paso a exponer.

En primer lugar, y conecta con el ejemplo de las pizzas que veíamos anteriormente, es fácil imaginar como con esta disposición van aumentar las denuncias contra niños tutelados o guardados por la Comunidad,

que por otro lado son los más necesitados de intervenciones distintas a la judicial. Las víctimas van a acudir a la vía penal puesto que siempre va a pagar la "Aseguradora Universal". Es más como dice la exposición de motivos se establece un "procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios".

En segundo lugar, produce un efecto negativo porque es un criterio poco educativo para el menor tutelado o guardado. El menor nunca va a responder civilmente de sus hechos porque siempre va a pagar la Comunidad. Y para explicar esta idea volvamos al ejemplo que veíamos al tratar la conformidad.

Era el caso de un menor Tutelado por la Comunidad de Madrid, que es acusado de entrar en una casa y robar una serie de objetos. Como vimos si el menor se conformaba, como así hizo, la medida se reducía a 50 horas de trabajos para la Comunidad. En cambio a la hora de tratar la responsabilidad civil el menor no se conformó. Entiende (un menor de edad) que al estar tutelado tiene que pagar la Comunidad de Madrid, como así ocurrió.

El resultado alarmante es que menor que ya ha sido condenado anteriormente por robo (al menos en dos ocasiones), resulta que vuelve a robar y se le condena a 50 horas de trabajos para la Comunidad, y no sólo eso sino que además no tiene que pagar el dinero obtenido por el robo, ya que al estar tutelado, es la Comunidad quien paga.

Desde el punto de vista de la víctima podrá ser muy conveniente, pero no podemos olvidar que como dice la exposición de motivos de la Ley ha de primar el interés del menor.

Entiendo que se trata de una medida salomónica, que a la larga producirá, si no los está produciendo ya efectos negativos. Da igual lo que haga la Comunidad porque siempre va a pagar. Entiendo que es más importante que los presupuestos, limitados por otra parte, con los que cuenta el órgano de protección de menores, vayan destinados a esta protección y no a la satisfacción civil de las víctimas. Por supuesto las víctimas han de ser resarcidas, pero todas por igual y teniendo en cuenta que estamos ante un proceso sui generis en el que, aunque cueste comprenderlo, ha de primar el interés del menor.

Tampoco podemos dejar de lado el hecho de que las Comunidades Autónomas responden por una responsabilidad establecida por el legislador estatal. Se establece una novedosa responsabilidad objetiva a favor de las víctimas por parte del legislador estatal, que suponen **una carga para las Comunidades Autónomas**, ya que son estas las que tienen la competencia en materia de protección de menores, y quienes por tanto se encargan de tutelar a los mismos.

EL ARTÍCULO 161 DE LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Por
JOSÉ RAMÓN APARICIO DE LÁZARO¹

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. COMPETENCIAS EN MATERIA DE URBANISMO. 2.1. Marco competencial general (Estado-Comunidades Autónomas). 2.2. Las competencias de los municipios, en particular las licencias urbanísticas. 2.2.1. Marco competencia. 2.2.2. Reserva de ley y planificación urbanística. 2.2.3. Las licencias urbanísticas. 3. DE LA LEY 9/1995, DE 28 DE MARZO, A LA LEY 9/2001, DE 17 DE JULIO, DE SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID 4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 161 DE LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID. 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista etimológico el vocablo urbanismo proviene del latín *urbis*, es decir, ciudad. Como señala LÓPEZ RAMÓN², el desarrollo de las ciudades ha estado siempre presente en los grandes ciclos de las civilizaciones que han generado modelos urbanos característicos de las diferentes épocas. De la Edad Antigua en Occidente, la ciudad romana con su ordenación en cuadrícula dotada de edificios sociales (foros, termas, anfiteatros, circos). En la Edad Media, la ciudad cristiana amurallada después con sus grandes edificios góticos (lonjas, ayuntamientos, catedrales). En la Edad Moderna, el trazado renacentista, estructurados por la plaza mayor en las ciudades coloniales españolas, para pasar al escenario barroco en torno al palacio y concluir en el ilustrado con sus construcciones útiles (fuentes, museos).

El urbanismo es, así, en expresión del Tribunal Constitucional³ "la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico" lo que, en el plano jurídico, se traduce en la ordenación urbanística como objeto de la legislación correspondiente.

¹ Subdirector General de Régimen Jurídico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid. Funcionario de Carrera del Cuerpo de Técnicos Superiores de la Administración General de la Comunidad de Madrid.

² LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "Introducción al Derecho urbanístico". Marcial Pons, Madrid, 2005.

³ SSTC 240/2006, de 20 de julio y 61/1997, de 20 de marzo.

En España las primeras normas urbanísticas podemos encontrarlas en las Leyes de Indias que recogían expresamente disposiciones acerca del lugar idóneo donde emplazar los nuevos núcleos de población en el continente americano. Así, recuerda PARADA⁴ la cita del profesor venezolano BREWER CARIAS de que "Ningún país del mundo, en toda la historia de la humanidad, ha fundado tantos pueblos, villas y ciudades en un territorio tan grande, en un período de tiempo tan corto, y en una forma tan regular y ordenada como España lo hizo en América".

Por otra parte, como consecuencia del liberalismo, comienzan a desarrollarse las primeras reformas urbanísticas que pretendían derribar las viejas murallas que ya no tenían razón de ser por el desarrollo de la artillería.

La Ley de Ensanche de Poblaciones, de 29 de junio de 1864, concebía los ensanches como grandes operaciones urbanísticas cuya finalidad era fomentar la edificación de las ciudades que por aquella época comenzaban a experimentar un importante crecimiento derivado de las Revoluciones Industriales del S.XIX. De esta época son el famoso Plan Cerdá que da lugar al Ensanche de Barcelona, obra de ingeniero local Ildefonso Cerdá, y el Plan Castro de Madrid, diseñado por el arquitecto sevillano Carlos María de Castro, así como la ejecución de la Gran Vía madrileña cuyo centenario se celebra en estos días.

De esta misma época cabe hacer referencia a otras normas, caso de la Ley de Ensanche y Extensión, de 26 de julio de 1892; de Saneamiento y Mejora interior, de 18 de marzo de 1895; Real Decreto de 12 de enero de 1904, Instrucción General de Sanidad; la Ley de Casas Baratas, de 12 de junio de 1911; el Real Decreto de 9 de febrero de 1925, Reglamento de Sanidad Municipal; la Ley de Casas Económicas, aprobada mediante Real Decreto-Ley de 29 de julio de 1925.

Posteriormente, destaca la Ley de Solares, de 15 de mayo de 1945, y, especialmente, la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, que pretende dar una respuesta a la acción urbanística de dimensión nacional, superando una perspectiva local; encauzar el fenómeno demográfico; limitar el crecimiento de las grandes ciudades, con el objetivo último de frenar la especulación y muchos de cuyos contenidos perviven en las normas vigentes⁵, destacando PARADA⁶

⁴ PARADA, Ramón: "Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico". Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁵ Su Exposición de Motivos afirma que "el planeamiento es la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana", estableciendo las figuras del Plan Nacional —nunca aprobado— planes provinciales, comarcales y municipales, además de los planes especiales, referidos singularmente a aspectos de la ordenación, como la protección del paisaje, las vías de comunicación, la conservación del medio rural, el saneamiento de poblaciones o cualesquiera

el hecho de que esta norma es una transposición de la Ley *mussoliniana* de 17 de agosto de 1942.

Esta disposición fue objeto de una importante reforma en 1975 (Ley 19/1975, de 2 de mayo) cuya finalidad era reforzar la disciplina urbanística, dando lugar al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado mediante Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril.

Este Texto Refundido junto con los tres grandes Reglamentos de desarrollo, de Planeamiento⁷, de Gestión Urbanística⁸ y Disciplina Urbanística⁹, constituían básicamente la legislación del suelo en el momento en que se aprobó nuestra Constitución, de 27 de diciembre de 1978, legislación que perduró hasta 1990¹⁰.

2. COMPETENCIAS EN MATERIA DE URBANISMO

2.1. Marco competencial general (Estado-Comunidades Autónomas)

El artículo 47 de la Constitución prevé que "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

Dicho precepto se encuentra incardinado en el Capítulo Tercero, "Principios Rectores de la Política Económica y Social", del Título Primero de la Carta Magna que, como se sabe, con arreglo a su artículo

otras finalidades análogas. Destaca el aspecto de la ejecutividad y obligatoriedad de esta planificación tanto para administrados (*sic*) como Administración. El régimen urbanístico del suelo se estableció a partir de su clasificación y calificación, previéndose sistemas de ejecución del planeamiento (cooperación, expropiación, compensación y cesión de viales).

⁶ PARADA, Ramón: "Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho Urbanístico". Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁷ Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio.

⁸ Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto.

⁹ Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

¹⁰ Hasta la aprobación de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que derogaba los preceptos de la Ley del Suelo y Reglamento de desarrollo y demás disposiciones de carácter general que se opusieran a la referida Ley 8/1990 y cuya Disposición Final Segunda habilitaba al Gobierno para la aprobación de un texto refundido de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, dando lugar al Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

53.3 "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

En ese sentido, conviene recordar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 152/1988, de 20 de julio, determina que el artículo 47 de la Constitución no implica un título competencial a favor del Estado, sino un mandato o directriz constitucional que ha de informar las actuaciones de todos los poderes públicos, es decir, Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

Por su parte, el artículo 148.1.3º de la propia Constitución dispone que "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda". Al amparo de este precepto todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia en la materia, así, en su Estatuto de Autonomía¹¹, el artículo 26.1.4 atribuye a la Comunidad de Madrid la competencia exclusiva precisamente sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

A este respecto, es preciso indicar que las Comunidades Autónomas están dotadas inequívocamente de una autonomía política constitucionalmente garantizada (SSTC 1/82 y 35/82, entre otras). Los ámbitos competenciales resultan, de acuerdo con la Constitución (artículos 148 y 149), de los distintos Estatutos de Autonomía (artículos 143 y 147 CE), de las leyes orgánicas de transferencia o delegación de facultades (artículo 150.2) y de las leyes marco (artículo 150.1 y 3).

En ese sentido, el sistema autonómico definido por la Constitución y los Estatutos no establece una técnica de estricta separación entre los 2 niveles políticos (Estado-Comunidades Autónomas); esto es, de "federalismo dual", es decir, la existencia de 2 listas de competencias, las del Estado federal, por un lado, y las de los estados federados, por otro, perfectamente delimitadas y sin ningún tipo de vinculación entre ellas, sino, por el contrario, un sistema de cooperación o federalismo cooperativo donde existe una mutua influencia que cada nivel de gobierno es capaz de ejercer sobre el otro. Esta idea de federalismo cooperativo impone unos mecanismos de entendimiento entre la Administración federal y las Administraciones federadas a través de delegación de funciones, de colaboración en el ejercicio de competencias y de participación en la prestación de servicios.

En el caso español, la Constitución de 1978 no articula un sistema cerrado de relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas, sino que se trata de un sistema abierto, si bien contiene elementos mínimos

¹¹ Aprobado mediante Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, modificado mediante Leyes Orgánicas 10/1994, de 24 de marzo, y 5/1998, de 7 de julio.

suficientes para perfilar un "Estado autonómico cooperativo". La Carta Magna, junto con los 19 Estatutos de Autonomía y el conjunto de normas extraestatutarias a que se refiere el artículo 150 de la Norma Fundamental, delimita las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (más ciudades autonómicas), estableciendo técnicas de distribución funcional que comportan una cierta colaboración, caso de la dualidad normativa básica estatal-normativa desarrollo autonómica; de la regulación concurrente de una misma materia¹²; de la ejecución autonómica de la normativa estatal por parte de las Comunidades Autónomas.

Llegamos, así, al principio de "lealtad constitucional"¹³ como deber al que se encuentran sometidos recíprocamente Estado y Comunidades Autónomas, que no es preciso justificar en preceptos concretos, al ser consustancial al modelo de organización territorial del Estado (SSTC 18/82, de 4 de mayo, 80/1985, de 4 de julio y 96/1986, de 10 de julio). Y dicho deber de cooperación o de colaboración ha de referirse a las actuaciones de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, con independencia de que se basen en título competencial exclusivo o concurrente (STC 17/1991, de 31 de enero).

No obstante, como subraya LÓPEZ RAMÓN¹⁴ el sistema de distribución de competencias establecido por la Constitución tuvo escasa aplicación práctica en un principio, toda vez que el Texto Refundido de 1976 fue asumido pacíficamente por las Comunidades Autónomas conforme fueron constituyéndose, sin necesidad de alumbrar una legislación urbanística alternativa, sin perjuicio de la aprobación de algunas leyes autonómicas complementarias.

¹² JIMÉNEZ ASENSIO (Rafael Jiménez Asensio, "Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del Estado". IVAP. Civitas, Madrid 1993.) explica que el concepto de materia presenta unos contornos problemáticos. El Tribunal Constitucional, en relación con el difícil deslinde de los diferentes ámbitos materiales, ya advirtió que la técnica prevista en la Constitución es compleja, dado que un mismo objeto es susceptible de ser situado en varios campos (STC 22 de diciembre de 1981 sobre las Bibliotecas de la Generalidad) y en la STC de 28 de julio de 1981 indicó que el artículo 149.1 está construido con referencia a materias o actividades concretas del poder respecto a determinados fines sociales, con la única excepción del artículo 149.1.18º. la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el encuadramiento de una actividad en una materia o sobre la delimitación del alcance de ésta es abundantísima, sirviendo de ejemplo, entre otras, las SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 35/1982, de 14 de junio; 39/1982, de 30 de junio; 64/1982, de 4 de noviembre; 69/1982, de 23 de noviembre; 76/1984, de 29 de junio; 123/1984, de 18 de noviembre; 202/1992, de 23 de noviembre. En suma, se puede afirmar que la noción "materia" del bloque de constitucionalidad se refiere a muchas cosas y, tal vez, muy distintas (actividades de poder, sectores del ordenamiento jurídico, acciones del Estado o de la Comunidad Autónoma, etc.).

¹³ ALBERTÍ ROVIRA asemeja este principio al de la "Bundestreue" o "lealtad federal" en la República Federal Alemana cuya función es la de presidir el sistema de relaciones que se establecen en los diversos niveles territoriales de poder.

¹⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando: "Introducción al Derecho urbanístico". Marcial Pons, Madrid, 2005.

Así, en el ámbito de la Comunidad de Madrid cabe hacer referencia a:

- 1º. *Ley 4/1984, de 10 de febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística*. Además de las cuestiones relativas a la disciplina urbanística, contenía otras disposiciones sobre actuaciones urbanísticas de iniciativa particular, estableciendo una serie de controles tendentes a asegurar el cumplimiento de los deberes urbanísticos por parte de los promotores.
- 2º. *Ley 10/1984, de 30 de mayo, de Ordenación territorial de la Comunidad de Madrid*. Regulaba la planificación urbanística de ámbito supramunicipal.
- 3º. *Ley 9/1985, de 4 de diciembre, especial para el Tratamiento de Actuaciones Urbanísticas Ilegales*. Contenía un conjunto de normas a aplicar respecto de las urbanizaciones ilegales, de forma que se lograra la restauración del orden jurídico infringido y de la situación física alterada o la legalización de las mismas a través de los instrumentos de planeamiento oportunos aprobados por la comisión de Urbanismo.

Sin embargo, la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico de 1990 y el Texto Refundido de 1992, como después la legislación estatal de 1998¹⁵, suscitaron la reacción de las Comunidades Autónomas, interponiendo diversos recursos de inconstitucionalidad¹⁶, lo que dio lugar al pronunciamiento por el Alto Tribunal (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio) fijando las reglas sobre distribución de competencias en esta materia.

La Sentencia 61/1997 declaró la inconstitucionalidad de la casi totalidad del Texto Refundido de 1992 al considerar contrarios a la Constitución todos aquellos preceptos¹⁷ que tenían la consideración de supletorios. El fundamento es doble: por una parte, el Tribunal Constitucional argumentó que el carácter supletorio debe derivar de la norma jurídica que regule la materia, norma que, en el caso del urbanismo, debería ser autonómica y no estatal, por ser las Comunidades Autónomas las competentes en esta materia. En este sentido, aunque las posibles lagunas de la legislación urbanística debieran ser colmadas

¹⁵ Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones.

¹⁶ Con acierto señala JIMÉNEZ ASENSIO (Rafael Jiménez Asensio: *Vid.*) que viva muestra de la complejidad del sistema de distribución de competencias es la alta tasa de conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas ante el Tribunal Constitucional.

¹⁷ A decir verdad, no sólo declaró inconstitucionales los 177 artículos que tenían alcance supletorio, sino que, de igual modo, consideró inconstitucional la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que derogaba la legislación preconstitucional que venía aplicándose supletoriamente.

con las normas del ordenamiento jurídico supletorio —el estatal—, la operación de integración normativa corresponde, en todo caso, a quien aplica el Derecho —las Comunidades Autónomas—, de forma que el Estado no puede imponer un Derecho supletorio integrado por normas que únicamente tengan esa finalidad de suplencia.

Por otra, la supletoriedad del derecho estatal, sobre la base del artículo 149.3 de la Constitución, no supone, *per se*, un título competencial, ni siquiera con respecto a las materias sobre cuyas bases tenga el Estado reconocida alguna competencia¹⁸. Como consecuencia de ello, la STC 61/97 produjo la reviviscencia del Texto Refundido de 1976.

En este punto, antes de analizar cómo quedan delimitadas las competencias, de manera preliminar conviene precisar la distinción terminológica entre "urbanismo" y "ordenación del territorio"¹⁹. Desde una perspectiva formal se trata de títulos competenciales diferentes, si bien aluden a una misma actividad pública: la organización de la utilización del territorio²⁰. La distinción no estriba en cuanto al objeto, sino en cuanto al punto de vista y la finalidad con que ese objeto (el territorio) es abordado: mientras que la "ordenación del territorio" abarca ámbitos supralocales correspondiendo su gestión a las Comunidades Autónomas, el "urbanismo" alude al ámbito meramente local, a decisiones sobre la regulación directa y concreta de los usos del suelo²¹, afectando a Comunidades Autónomas y municipios, fundamentalmente.

Siguiendo a PAREJO ALFONSO²² la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, efectúa una delimitación de la materia urbanística en los siguientes términos:

¹⁸ Esta jurisprudencia es reiteración de la contenida en la STC 118/1996 de 27 de junio, dictada con ocasión de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que supuso un cambio radical de la establecida en la STC 214/1989, de 21 de diciembre, relativa al Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local.

¹⁹ PAREJO ALFONSO (Luciano Parejo Alfonso: *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Marcial Pons, 2ª Edición, Madrid, 2002) manifiesta su sorpresa ante el hecho de que ni la STC 61/97 ni después la STC 164/01 no hagan alusión de forma significativa a esta materia.

²⁰ Para PAREJO ALFONSO (*Vid.*) la consagración del título competencial "ordenación de territorio" y, por tanto —entendemos nosotros—, su distinción respecto del de "urbanismo", trae causa de la experiencia frustrada de la incorporación al sistema legal de planificación urbanística de instrumentos para la definición legal del marco físico del desarrollo regional y del ulterior planeamiento urbanístico. En ella se expresa la pretensión de organización del territorio por relación a un modelo capaz de integrar las distintas perspectivas al efecto: económica, social, cultural, e, incluso, ecológica, tal y como se desprende de la definición que se consagra en la Carta Europea de la Ordenación del Territorio de 1983.

²¹ Según el Tribunal Constitucional (STC 61/1997) el urbanismo se refiere a "las políticas de ordenación de la ciudad en tanto en cuanto mediante ella se viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir o desarrollarse asentamientos urbanos y a cuyo servicio se disponen las técnicas e instrumentos urbanísticos precisos para lograr tal objetivo".

²² PAREJO ALFONSO (*Vid.*).

- 1º. Partiendo del concepto de urbanismo, acuñado por el Tribunal Constitucional y visto al inicio del presente estudio, aquél se traduce en potestades concretas atribuidas o controladas por entes públicos, que inciden en todo caso también en el régimen urbanístico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y la edificación.
- 2º. El contenido, visto desde una perspectiva de conjunto, equivale a una política de ordenación de la ciudad, que viene a determinar el cómo, cuándo y dónde deben surgir y desarrollarse los asentamientos humanos, política a cuyo servicio se disponen las técnicas y los instrumentos urbanísticos precisos para lograr tales objetivos.
- 3º. Aunque la Constitución no define el urbanismo, sienta —en su artículo 47— importantes principios rectores de la aludida política que, conforme al citado artículo 53 CE, deben informar, como ya vimos, además de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos, la legislación positiva (en tal sentido la STC 191/82).
- 4º. El orden constitucional de distribución de competencias ha disecado la amplia extensión del urbanismo conforme a la legislación preconstitucional. Pues sobre dicha extensión, en principio atribuida a las Comunidades Autónomas, hace operar competencias atribuidas a las instituciones generales-estatales ex artículo 149 CE ("regulación de las condiciones básicas que garantizan el ejercicio de derechos y deberes constitucionales"²³; "expropiación forzosa"; "sistema de responsabilidad", "procedimiento administrativo común"). De esta suerte, la competencia autonómica en la materia debe integrarse sistemáticamente con las generales-estatales. Estas últimas, aun cuando en modo alguno pueden legitimar una regulación general del entero régimen del suelo, si pueden otorgar soporte a una afección puntual de la materia urbanística. De otro lado, tal afirmación debe ir seguida de la de reconocimiento de que es a las Comunidades Autónomas a quien la Constitución atribuye la exclusiva competencia de emanar normas específicas de ordenación urbanística, en el sentido antes expuesto.

²³ El urbanismo de competencia autonómica no comprende las condiciones básicas de ejercicio del derecho, en particular, de propiedad, según declara el propio Tribunal Constitucional en esta Sentencia, debiendo limitarse el Estado, en aplicación del artículo 149.1.1ª CE, a garantizar la igualdad de las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social de tal derecho. La misma Sentencia precisa también que, en todo caso, las competencias del Estado sobre las condiciones básicas de la propiedad urbana no alcanzan al establecimiento de una regulación detallada de ésta. (La aclaración es nuestra).

- 6º. La precedente visión sistemática —unitaria y coherente— del bloque de constitucionalidad²⁴ es la que debe entenderse recogida en el preámbulo de la Ley 8/1990, de 25 de julio, cuando alude a que la delimitación constitucional de competencias parece impedir que, primero, el Estado central (*sic*) apruebe una nueva Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana con el mismo o similar contenido que a la sazón ya vigente, pues su aprobación supondría una manifiesta invasión de las competencias autonómicas en la materia; y que, segundo, las Comunidades Autónomas extiendan su regulación a todo el campo preconstitucional del urbanismo, porque ello chocaría con las competencias constitucionalmente atribuidas a las instituciones estatales.

Por otra parte, dada su perspectiva "horizontal", la competencia autonómica antes determinada afecta no sólo a todos los intereses públicos con relevancia territorial, sino también a una pluralidad de materias constitucionales con diversa articulación competencial, cuyo campo "corta" transversalmente. Estas competencias, al margen de lo ya expuesto con anterioridad, son:

- a. "Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica" (Artículo 149.1.3ª).
- b. "Defensa y fuerzas armadas". (Artículo 149.1.4ª)
- c. "Legislación civil". (Artículo 149.1.8ª).
- d. "Bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas". (Artículo 149.1.18ª).
- e. "Costas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general" (Artículo 149.1.20ª).
- f. "Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma" (Artículo 149.1.21ª).
- g. "La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma." (Artículo 149.1.22ª).
- h. "Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas para

²⁴ Explica JIMÉNEZ ASENSIO (Rafael Jiménez Asensio; *Vid.*) que, en relación con el concepto de bloque de la constitucionalidad, acierta RUBIO LLORENTE cuando sitúa su aparición en la jurisprudencia constitucional en la STC 10/1982, de 23 de marzo, si bien en dos Sentencias anteriores (SSTC de 5 y 12 de noviembre de 1981) ya se atisbaba ya su noción.

establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias". (Artículo 149.1.23°).

- i. "Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma". (Artículo 149.1.24°).
- j. "Defensa del patrimonio cultural, histórico, artístico y monumental español" (Artículo 149.1.28°).

2.2. Las Competencias de los Municipios. En particular las Licencias Urbanísticas

2.2.1. Marco competencial

Visto el marco general de competencias en materia urbanística, donde ha quedado reconocida la prevalencia del título competencial de las Comunidades Autónomas y sin perjuicio de determinadas competencias horizontales que corresponde al Estado y que pueden tener especial incidencia en la cuestión, en el ámbito local²⁵ debe destacarse el papel de los municipios. Como punto de partida, debemos hacer referencia a los artículos 137 y 140 de nuestra Constitución que prevén, en suma, la obligatoriedad de la existencia de los municipios; la autonomía para la gestión de sus intereses²⁶, y el reconocimiento de personalidad jurídica plena de los mismos. En ese sentido, el reconocimiento de un ámbito de poder autónomo exige dotar al Municipio de las competencias propias necesarias para satisfacer sus intereses (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 32/1981, de 28 de julio; y 27/1987, de 27 de febrero).

Ahora bien, mientras que a través de los artículos 148 y 149 de nuestra Constitución y el sistema de los Estatutos, se dota de un contenido sustantivo a la autonomía de las Comunidades Autónomas (ampliable por diversos procedimientos) no hace lo mismo con respecto a las entidades que integran la Administración local.

²⁵ LÓPEZ RAMÓN (*Vid.*) destaca como la legislación urbanística, desde la Ley del Suelo de 1956, tiende a prescindir de las Provincias. En la legislación autonómica, en cambio, existen tendencias variadas. Por un lado, el caso del País Vasco y de las Comunidades Autónomas insulares (Canarias y Baleares) que priman el papel provincial e insular y, por otro, el de Cataluña y Aragón, que marginan a las provincias en paralela potenciación de las Comarcas.

²⁶ El concepto de autonomía comprende: un aspecto normativo que alude a la potestad del ente de darse un ordenamiento jurídico propio que se inserta en el ordenamiento jurídico estatal a través del reconocimiento de éste (SANTI ROMANO); y un aspecto político entendido como capacidad del ente autónomo de orientar, dirigir, política y administrativamente, la comunidad subyacente (GIANNINI).

El Tribunal Constitucional (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 14/1981, de 14 de julio y 32/1981, de 28 de julio), de una parte, concibe esencialmente la autonomía local como una garantía institucional, lo que supone que no pueda ser suprimida por leyes y que toda ley que por su contenido material la suprima o la prive de su contenido esencial resulten inconstitucionales²⁷. De otra, considera el autogobierno local como un poder limitado en el marco de la ley, que incluye la adecuada relación Ley-Reglamento. Y este modelo determina que el alcance de las competencias y de las potestades (entre las cuales se encuentra la potestad normativa) dependa de la atribución realizada por el legislador.

De este modo, señala FERNÁNDEZ MONTALVO²⁸, la garantía institucional de la autonomía se integra por tres elementos: uno subjetivo referido a las entidades locales constitucionalmente previstas; otro subjetivo constituido por el denominado "contenido esencial" que supone un límite a la configuración legal de la autonomía y por la exigencia de que la gestión de los asuntos que constituyen dicho contenido se lleve a cabo bajo "la propia responsabilidad" del ente local; y, por último, una exigencia garantizadora de la posición subjetiva de los entes locales frente a eventuales ataques a su autonomía.

El Tribunal Constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio) se ha hecho eco constante de dicha doctrina como técnica de preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Y dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Por su parte, el Tribunal Supremo se refiere también a la garantía institucional, concretamente referida a la provincia, en la Sentencia de 21 de febrero de 2001 al afirmar que "la dimensión constitucional de la provincia, como institución indisponible de la estructura constitucional, no puede ser ignorada en su núcleo esencial, ni por el Estado ni por las Comunidades Autónomas. No obstante la atribución material de competencias a las diputaciones provinciales no puede entenderse, desde la perspectiva

²⁷ A este respecto recuerda FERNÁNDEZ MONTALVO (Rafael Fernández Montalvo "El Principio de Reserva de Ley en materia de competencia local. En especial el ejercicio de la Potestad Sancionadora" en *Globalización y Principio de Autonomía Local*. Manuales de Formación Continuada núm. 44. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial) que la teorización de las garantías institucionales por la Constitución corresponde a C. SCHMITT sobre la base del artículo 127 de la Constitución de Weimar de 1919 y fue profusamente acogida por la doctrina y por la jurisprudencia (Sentencia 10/11 de diciembre de 1929 de la Corte Estatal del Reich). También hace referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional Federal —Tribunal de Karlsruhe— sobre la base del artículo 28 de la Ley Fundamental de Bonn (Sentencia de 20 de marzo de 1952).

²⁸ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: (*Vid.*)

constitucional, al margen de las normas del Estado y las Comunidades Autónomas que se dicten en desarrollo de las competencias respectivamente asumidas, según alcance de los artículos 148 y 149 de la Constitución". De igual modo, en su Sentencia de 25 de septiembre de 2003 mantiene que "La autonomía local constitucionalmente reconocida es ante todo una garantía institucional, porque su valor o significación es el derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, pero no tiene asignado un concreto o ámbito competencial determinado. Tal concepción de la autonomía local supone, pues, preservar la institución, y remite la concreción de las competencias locales a la legislación estatal y autonómica según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas".

Estos planteamientos son recogidos por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuyo artículo 2.1 dispone que "Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios [...] su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad de que se trate [...]" añadiendo, en particular, su artículo 25.2 que "El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y las Comunidades autónomas, en las siguientes materias: [...] d) ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística".

En este punto, cabe hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1998 donde se indica que "la autonomía local supone el reconocimiento de un ámbito competencial propio de los Entes que integran la Administración Local. Si bien a diferencia de lo que ocurre con las Comunidades Autónomas, en que la autonomía se prefigura por el propio bloque de constitucionalidad (Constitución y respectivo Estatuto de Autonomía), las competencias que integran la autonomía local no se establecen directamente por la Constitución, que no garantiza un ámbito competencial concreto, sino que su reconocimiento se deja al legislador ordinario, quien, sin embargo, debe respetar un contenido indisponible que constituye la garantía institucional que incorpora la Norma Fundamental (SSTC 4/981, de 2 de febrero, 32/1981, de 28 de julio y 214/1989, de 21 de diciembre). Como señalaba esta Sala, en Sentencia de 23 de mayo de 1997, el sistema legal de atribución de competencias a los Entes locales se sintetiza en los siguientes puntos: a) la LRBRL establece las "directrices para llevar a cabo la asignación de competencias" que no puede ignorar el legislador

autonómico (STC 214/1989); b) la LRBRL efectúa una declaración de capacidad para actuar en lo que se refiere al fomento y administración de los intereses peculiares de cada Ente Local, de manera que pueden actuar válidamente o promover actividades y servicios en el ámbito de las necesidades y aspiraciones de sus respectivas comunidades; c) la misma LRBRL establece un núcleo competencial mínimo que supone el reconocimiento de un "círculo de protección" competencial, sin perjuicio de las que correspondan a los Ayuntamientos por atribución de la legislación específica o como consecuencia de la atribución que efectúan las Leyes sectoriales del Estado o la Comunidad Autónoma; y d) por último, conforme al artículo 7 de la LRBRL, pueden existir competencias de las Entidades locales delegadas ejercidas bajo la dirección y control de la Administración delegante".

En definitiva, siguiendo la doctrina establecida por los Tribunales Supremo y Constitucional, en esta concepción debe distinguirse:

1. Normativa estatal. Corresponde al Estado

a) La normativa básica del régimen local, entendida como el común denominador de dicho régimen, constituido, ante todo, por la ya mencionada Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, que, sin embargo, no se aplica en su integridad en las Comunidad Autónoma vasca y Navarra, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de nuestra Constitución Española y Disposiciones Adicionales Segunda y Tercera de la propia Ley.

De igual modo, las Comunidades Autónomas uniprovinciales, caso de la Comunidad de Madrid²⁹, se subrogan en la titularidad de las relaciones jurídicas de las anteriores Diputaciones Provinciales, aunque su régimen sea mayoritariamente el de una Comunidad Autónoma. Caso aparte son las Ciudades Autónomas de Ceuta³⁰ y Melilla³¹, territorios no integrados en la organización provincial que cuentan con Estatuto de Autonomía de acuerdo con la vía prevista en el artículo 144 b) de la Constitución, como, en su caso, siguiendo esta misma vía, lo tendría en el futuro Gibraltar, si se reintegrara a la soberanía española. Asimismo, cabe hacer especial mención a las ciudades de Madrid, regulada por la Ley 2/2006, de 22 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid, así como de Barcelona (Ley 1/2006, de 13 de marzo, reguladora del Régimen Especial del municipio de Barcelona).

²⁹ Disposición Transitoria Cuarta de su Estatuto de Autonomía.

³⁰ Estatuto de Autonomía aprobado mediante Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la Constitución.

³¹ Estatuto de Autonomía aprobado mediante Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo, conforme a la Disposición Adicional Cuarta de la Constitución.

Constituye también legislación buena parte del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales y del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local.

b) Normativa estatal supletoria. Conforme al artículo 149.3 CE, *in fine*, el Derecho estatal es supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas. Por tanto, la normativa estatal de régimen local que no tenga carácter básico será aplicable si, y sólo si, la Comunidad Autónoma correspondiente no ha distado su propia normativa en ejercicio de sus competencias.

2. Normativa autonómica

a) Asunción estatutaria del Régimen Local. Desde sus inicios los diferentes Estatutos de Autonomía asumieron competencias en materia de régimen local. En consecuencia, junto al régimen local general, existe un régimen local especial de cada una de las Comunidades Autónomas, cuyo alcance varía en función de la fórmula de atribución competencial recogida singularmente en cada Estatuto de Autonomía: con carácter de competencia exclusiva³², de desarrollo de o en los términos del artículo 148.1.2ª de la Constitución.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el título competencial en materia de régimen local que figura en los Estatutos de Autonomía tiene carácter globalizador y comprende el conjunto de aspectos que se refieren a la Administración local (STC 37/2002, de 14 de febrero).

b) Legislación autonómica de desarrollo de la estatal básica. Las bases constituyen un límite tanto para el legislador estatal como para el autonómico; para el primero porque la fijación de las condiciones básicas no puede establecer un régimen uniforme de las entidades locales, sino que debe permitir diversas opciones (STC 32/81); y para el segundo porque constituyen un límite dentro del cual tienen que moverse en el ejercicio de sus competencias (STC 25/83).

Ahora bien, según FERNÁNDEZ MONTALVO³³, la noción institucional y el contenido esencial que comporta la garantía institucional resulta más fácil de aplicar a categorías jurídicas consolidadas, pero presenta singulares dificultades en conceptos como el de la autonomía local de perfiles imprecisos. La concepción inicial del Tribunal Constitucional no sirve para cumplir una función positiva de delimitación del ámbito local, sino que tiene más bien un sentido negativo o de "resistencia pasiva", cuando es preciso mantener un espacio reservado

³² Es el caso de la Comunidad de Madrid; artículo 26.1.2. de su Estatuto de Autonomía.

³³ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: (Vid).

a la autonomía local que no sea disponible para el legislador. O, dicho en otros términos, la autonomía local no debe ser entendida sólo como una autonomía en el marco de la ley, si por ley entendemos normalmente la actuación del legislador sectorial.

Así, la idea de garantía institucional se ha completado con diversas técnicas de protección como "la prohibición del exceso", que se traduce en el rechazo de aquellos recortes que resulten desproporcionados o arbitrarios, con independencia de que el contenido esencial de la institución sea vea o no afectado por la intervención. Asimismo, se ha utilizado el denominado "principio material de distribución de funciones", según el cual el legislador sólo puede privar a los municipios de la gestión de asuntos con relevante carácter local cuando ello viene exigido por el interés público y no se puede asegurar de otro modo el desarrollo de dicha gestión³⁴.

Pues bien, como señala DELGADO BARRIO³⁵, la ordenación urbanística del término municipal parece una competencia estrictamente local: la orientación del desarrollo de la ciudad mediante la delimitación del suelo urbanizable, la distribución de las zonas industriales y residenciales, de las zonas verdes, la situación de los mercados o de las escuelas, afectan directamente a los intereses de la comunidad local, de suerte que han de ser decisiones puramente locales. Así, destaca LÓPEZ RAMÓN³⁶ que las competencias urbanísticas municipales no pueden calificarse únicamente de ejecutivas, pues alcanzan a la definición del modelo de ciudad, con el correspondiente establecimiento del régimen jurídico de los usos del suelo y las construcciones, de forma que los planes generales de ordenación urbana pueden ser concebidos como las grandes normas reguladoras de las ciudades. Ahora bien, el ámbito de actuación y de decisión municipal habrá de estar constreñido por las competencias autonómicas en materia de urbanismo y, en su caso, por las estatales referidas a materias "horizontales" con incidencia urbanística, detalladas en el apartado precedente del presente estudio.

2.2.2. Reserva de ley y planificación urbanística

Vamos a hacer referencia a la planificación urbanística partiendo del concepto de reserva de ley recogido en nuestra Constitución de 1978, esto es, la exigencia de que determinadas materias sean reguladas necesariamente por ley, de forma que, en dicho ámbito, el titular

³⁴ CARRO FERNÁNDEZ-VALMALLOR, José Luis: "El debate sobre la autonomía municipal", RAP, núm. 147, septiembre-diciembre 1998.

³⁵ DELGADO BARRIO, Javier: "El control de la Discrecionalidad del Planeamiento urbanístico", Madrid, Civitas, 1993.

³⁶ LÓPEZ RAMÓN (Vid).

de la potestad reglamentaria tiene vedada una intervención normativa, salvo que el propio legislador le autorice o habilite para ello.

Se trata de materias que la Carta Magna o los Estatutos de Autonomía atribuyen al legislador. Conforme a la doctrina mayoritaria, señala FERNÁNDEZ MONTALVO³⁷, el reglamento puede intervenir colaborando en la regulación de las materias objeto de reserva de ley, pero para ello existe un doble límite o condicionamiento. En primer lugar, precisa una habilitación expresa de la ley a través de una remisión o reenvío normativo; y, en segundo término, dicha remisión debe respetar unos límites materiales, pues es la ley la que debe regular la materia con un criterio legal discernible, sin que sea admisible una regulación legal independiente. Dicho en otros términos, existiendo el reenvío normativo expreso, la regulación del reglamento, además, ha de ser necesariamente complementaria de la ley, sin que ello suponga una degradación normativa.

Por tanto, en las materias que constituyen la reserva de ley, no caben reglamentos independientes ni la remisión en blanco de la ley al reglamento. La ley debe contener, pues, una regulación material o sustantiva propia y el Reglamento sólo puede constituir un complemento de la regulación legal.

Frente a la expresada posición doctrinal dominante, otro sector minoritario³⁸ sostiene que el artículo 97 de la Constitución reconoce una potestad reglamentaria originaria —no derivada de la ley— del Gobierno que no necesita la habilitación previa de la ley para que el Poder ejecutivo desarrolle las leyes. La reserva sería una regla de competencia que la Constitución atribuye al Parlamento; y como toda competencia encierra un poder-deber, cuando la ley atribuye parte del contenido de la reserva al Reglamento aquélla resulta inconstitucional: "en los campos de las reservas no cabe más regulación que la establecida en una ley, y el reglamento sólo podrá producirse para completar ésta en cuestiones de detalle que no añadan nada a la normativa legalmente establecida, en un terreno que en puridad es ajeno a la reserva".

Ahora bien, advierte BAÑO LEÓN³⁹ que, aun cuando el poder reglamentario sea un poder originario, no se sigue de ahí que no necesite de una habilitación de una ley para intervenir en las materias reservadas al legislativo, justamente porque la Constitución ha reservado al legislador

³⁷ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (Vid.).

³⁸ DE OTTO, GALLEGU ANABITARTE Y MENÉNDEZ REXACH en "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", Barcelona 1987. Comentarios al art. 97, en O ALZAGA, "La Constitución Española, 1978, Tomo VII", Madrid, 1985.

³⁹ BAÑO LEÓN, José María: "Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria", Madrid 1991.

la decisión política primaria sobre el contenido que deben tener esas materias. La autorización o la habilitación de la ley al reglamento en las materias reservadas a la ley es requisito imprescindible para que éste pueda intervenir, si que ello suponga una merma a la configuración originaria de la potestad reglamentaria del Gobierno, que tiene su ámbito propio de actuación en las materias no reservadas y que se subordina a la previsión de la ley en las restantes. Y, por otra parte, existen límites al poder del legislador para remitir al Reglamento el desarrollo o complemento de lo establecido en la Ley.

Como indica FERNÁNDEZ MONTALVO⁴⁰, el sistema ha entrado en vías de cierta clarificación en la doctrina del Tribunal Constitucional que se pronunció ya en sus primeras resoluciones sobre el significado del principio de reserva de ley y, así, la STC 83/1984 ha señalado que "Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial en nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del Ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley".

De la formulación constitucional de la reserva de ley, según la doctrina del Tribunal Constitucional, siguiendo a FERNÁNDEZ MONTALVO⁴¹, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1. Los contenidos más relevantes del ordenamiento son reservados a la ley formal, estando excluidos de la potestad reglamentaria, salvo cunado ésta sea llamada directamente por la ley para que asuma su regulación material.
2. Los supuestos reservados a la ley son abundantes en nuestra Constitución, estando recogidos a lo largo de todo su articulado. El ámbito más significativo se refiere a los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I (artículo 53.1); reserva de recursos y servicios al sector público (artículo 128.2); aprobación de los planes de la actividad económica general (artículo 131.1); regulación de las distintas formas de propiedad pública

⁴⁰ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (Vid.).

⁴¹ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael (Vid.).

(artículo 132); la potestad originaria para establecer tributos (artículo 133), entre otros supuestos.

3. La reserva de ley que establece la Constitución no incide en las disposiciones normativas a su entrada en vigor, que en tanto no se modifiquen tienen validez y no están viciadas de nulidad por infracción del principio de reserva de ley que no les era aplicable en el momento de su aprobación (SSTC de 8 de abril y 7 de mayo de 1981).
4. Con independencia de la materia organizativa, dentro de la lista de la reserva de ley destaca por su importancia un precepto, el ya citado artículo 53.1 CE que tiene un alcance general. Según este precepto: *"Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades"*. De dicho precepto resulta:
 - a. Todos los derechos y libertades proclamados como fundamentales vinculan a la Administración Pública en cuanto poder público. Esta vinculación es absoluta: ni por Reglamento ni por decisiones singulares, salvo en lo términos que la propia Constitución o las Leyes Orgánicas de desarrollo puedan disponer, la Administración puede interferir en el libre desenvolvimiento de estos derechos.
 - b. Como precisa el artículo 81.1, "el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas", esto es, el estatuto general directo (STC 6/82) de cada uno de ellos habrá de hacerse necesariamente por Ley Orgánica.
 - c. Distinto de este "desarrollo directo", que supone asegurar sus condiciones generales de expresión y ejercicio, es la regulación que incide sobre el ejercicio de tales derechos y libertades, que es lo que, además, el artículo 53.1 CE reserva a la ley.
 - d. En cualquier caso, la Ley Orgánica o la Ley ordinaria específica que de algún modo afecte al ejercicio de los derechos fundamentales, han de respetar el "contenido esencial" de éstos, límite que corresponde fiscalizar al Tribunal Constitucional.
5. No sólo la libertad, sino también la propiedad constituye una materia reservada a la Ley, según expresamente dispone el artículo 32.2.

Dicho lo cual, en el ámbito local, debe hacerse una referencia a dos cuestiones: en primer lugar, la posible existencia de una reserva de ley específica en la determinación de las competencias de las

Administraciones locales. Como punto de partida, es preciso indicar que un sector de la doctrina⁴² propone la existencia de un diseño constitucional mínimo del régimen local, en el que tiene una diferente posición el legislador estatal, el legislador estatutario y el legislador sectorial, hablándose, de este modo, de una "garantía constitucional de la autonomía local". De acuerdo con esta concepción, la Ley de Bases del Régimen Local cumple una función constitucionalmente reservada a un tipo de ley muy específica. No tiene mayor jerarquía o rango que la ley ordinaria, pero sí se proyecta sobre una reserva de ley específica y realiza una función constitucionalmente prolongada en el tiempo. La Constitución impone al legislador estatal la tarea de atribuir a Municipios y Provincias, de forma general y permanente, un ámbito competencial lo más preciso posible y ligado al interés local.

Así, resulta que una de las críticas que se formulan a las leyes sectoriales es que omiten la concreción del alcance de las competencias locales y se preocupan, en cambio, de definir de forma detallada y exhaustiva las competencias estatales y autonómicas, interpretándose que ello produce un vacío de las competencias locales. Frente a esta postura, PAREJA LOZANO⁴³ propone que la respuesta sea justo la contraria; en aquellos casos en que la ley sectorial define las características básicas de la actividad, la falta de una concreción de las competencias locales no debe ser interpretada como una inexistencia de tales competencias. Resulta necesario que las corporaciones locales puedan dotarse de su propia autorregulación, determinando el régimen de su actividad en aquel sector material, concreto, siempre y cuando dicha actuación se inscriba en el círculo de intereses locales. Esta postura es avalada por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 214/89) que destacan que tanto de la lectura de los artículos 25, 28 como de la Disposición Transitoria de la Ley de Bases del Régimen Local, se deduce la existencia de unas cláusulas competenciales genéricas, inherentes al principio de autonomía local.

La decisión del legislador sectorial debería estar condicionada por los criterios básicos que garanticen una posición de las corporaciones locales reconocible con la autonomía local. Para la efectividad de la garantía constitucional, se propone que la determinación del contenido esencial de la autonomía local se establezca de forma paralela a lo

⁴² GARCÍA MORILLO, Joaquín: "La configuración constitucional de la autonomía local" Marcial Pons 1998. AJA, Eliseo: "Configuración constitucional de la autonomía municipal". MAP-Fundación Pi-Sunyer. 1992. GARCÍA ROCA, Joaquín: "El concepto de autonomía local según el bloque de constitucionalidad" en Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, 282, 2000.

⁴³ PAREJA LOZANO, Carlos: "Autonomía, pluralidad de ordenamientos y principios de relación", Generalidad de Cataluña. Instituto de Estudios Autonómicos. Barcelona 2000.

que sucede con la regulación de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, de forma que tal núcleo esencial sea indisponible para la legislación reguladora de los distintos ámbitos de la actividad administrativa con trascendencia en la esfera de los intereses locales. Se trataría de atribuir a las ordenanzas locales una función de complemento del ordenamiento jurídico en todos aquellos aspectos relativos a la actuación municipal en el ámbito de sus intereses propios, función que resulta coherente con la legitimidad democrática que caracteriza la producción normativa local, así como con el principio de capacidad de gestión de los municipios.

La creación de este espacio normativo autónomo local debería ser garantizado a través de la interpretación de un contenido que garantice la existencia de un poder de autorregulación de las corporaciones locales en los diversos ámbitos materiales que se inscriben en su círculo de intereses, de forma que la ordenanza municipal sólo pueda ser puesta en cuestión cuando presente una contradicción manifiesta con las previsiones contenidas en la legislación sectorial, refiriéndose tal contradicción a intereses que excedan claramente de lo local.

En ese sentido, PAREJA LOZANO⁴⁴ recuerda la posición del Tribunal Supremo respecto de la delimitación de las competencias autonómica y local, respectivamente, en la aprobación de los planes urbanísticos. Así, las Sentencias de 13 de julio de 1990, 30 de enero de 1991, 17 de julio de 1991 y 25 de febrero de 1992, frente a la previsión legal expresa que atribuye al órgano autonómico competente la capacidad para examinar el planeamiento promovido por la Administración local, han anulado diversas prescripciones impuestas por la Comunidad Autónoma, al considerar que esas prescripciones se inscribían en el círculo de intereses estrictamente local, siendo ilegítima, por tanto, la decisión del órgano autonómico a tal respecto.

No obstante, esta postura tiene importantes obstáculos: primero, la Ley de Bases del Régimen Local encuentra serias dificultades para imponerse a la libertad de decisión del legislador sectorial, dado su carácter de ley ordinaria; segundo, el propio Tribunal Constitucional, a propósito de la Disposición Transitoria de la Ley de Bases del Régimen Local, indica que la citada competencia residual que atribuye a los municipios podrá desplegar una mayor o menor efectividad en función, precisamente, de la decisión misma que el legislador autonómico competente venga a adoptar. Por último, resulta singularmente difícil definir lo que debe entenderse por interés local. Por ello,

⁴⁴ PAREJA LOZANO, Carlos: (Vid).

se propugna un proceso de concreción de naturaleza sucesiva y en el que la interpretación jurisprudencial tiene una función decisiva, tomando en consideración diversos elementos, uno de los cuales sería el de las funciones que tradicionalmente han venido desempeñando las corporaciones locales y, otro, el de la voluntad de las propias corporaciones por ejercer funciones y actividades que se inscriben en su círculo de interés expresadas a través de las normas aprobadas en el ejercicio de la potestad reglamentaria, esto es, de las ordenanzas municipales.

Y en segundo lugar, a la potestad normativa local. Como punto de partida es preciso señalar que la potestad normativa de los Entes locales es inherente a su autonomía territorial⁴⁵. En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1989, de 21 de diciembre, ha señalado que la potestad reglamentaria de los municipios es propiedad indisoluble de la autonomía que la Constitución garantiza en su artículo 140. Se trata de una potestad normativa encaminada a llevar a la práctica las decisiones adoptadas por las Entidades Locales bajo su propia responsabilidad, dentro del ámbito de competencias que les corresponde. Al mismo tiempo, la naturaleza territorial de dicha autonomía, según GALÁN⁴⁶, extrae las siguientes consecuencias:

1. La potestad normativa tiene un carácter heterónomo, en cuanto tiene su origen en un ordenamiento jurídico que es distinto al propio ordenamiento local.
2. El reconocimiento constitucional de la autonomía local lleva implícita la atribución genérica de la potestad normativa que debe ser ejercida en el marco de la ley ordinaria. Así la Ley de Bases del Régimen Local reconoce a los municipios, islas y provincias, en su calidad de Administraciones territoriales, las potestades reglamentaria (normas *ad extra*) y de autoorganización (normas *ad intra*).
3. Se trata de una potestad normativa propia en cuanto al ejercicio de competencias también propias.
4. La potestad normativa de los entes locales se articula como una manifestación del autogobierno local que se proyecta sobre determinadas competencias.

⁴⁵ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael "La potestad normativa municipal en la jurisprudencia de 2003", en *Anuario del Gobierno Local 2003*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona 2004 y "La presencia de la Carta Europea de Autonomía Local en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre autonomía local" en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona 2004.

⁴⁶ GALÁN GALÁN, Alfredo: "La potestad normativa autónoma local", Atelier, Barcelona, 2001.

De ello, podemos concluir⁴⁷ la existencia de 3 tipos diferentes de clases de normas locales:

1. Potestad normativa *ad intra* o de autoorganización. El Reglamento Orgánico, como manifestación de la potestad de autoorganización, forma parte del núcleo mismo de la autonomía local (SSTS de 8 de febrero de 1999 y 11 de mayo de 1998, entre otras). El legislador estatal establece un modelo organizativo común para las entidades locales y a partir de él y con pleno respeto al mismo, las entidades locales pueden dotarse de una organización complementaria mediante sus reglamentos orgánicos (SSTS de 9 de febrero de 1993 y 11 de mayo de 1998, entre otras).
2. Potestad normativa *ad extra* o para la ordenación social: las ordenanzas municipales. La consideración singularizada de esta manifestación de la potestad normativa local no supone que, en la actualidad, se mantenga una distinción formal entre reglamentos y ordenanzas municipales, sino que con ello se trata de poner de manifiesto 2 ámbitos materiales de actuación de la normativa local.
Y es precisamente en este ámbito de ordenación social en el que resulta relevante la consideración de la primacía de la ley y la reserva de ley con respecto a las ordenanzas municipales. Como lo es también la compatibilidad entre los diferentes poderes normativos de rango infralegal, siendo útil recordar, según PAREJO⁴⁸, la solución dada por el Consejo Constitucional francés: el carácter limitado de los poderes normativos atribuidos a entes u organizaciones distintos del Gobierno, por un lado, y la imposibilidad de dichos poderes de vincular, afectar o condicionar el poder reglamentario del mismo, por otro.
3. Los bandos de los Alcaldes. No existe unanimidad sobre su naturaleza jurídica, careciendo de escaso carácter normativo, reservados para cuestiones de índole menor, caso de recordatorio de cumplimiento de determinadas obligaciones, fijación de fechas o lugares, etc.

⁴⁷ FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: "El Principio de Reserva de Ley en materia de competencia local. En especial el ejercicio de la Potestad Sancionadora" en Globalización y Principio de Autonomía Local. Manuales de Formación Continuada núm. 44. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial).

⁴⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano: "La potestad normativa local". Diputación de Barcelona. Universidad Carlos III, Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1998.

Llegados a este punto, conviene hacer una referencia a los principios de jerarquía normativa y de legalidad administrativa. La postura tradicional consiste en considerar a las normas locales como una disposición de carácter general con rango reglamentario, plenamente subordinada a la ley. En consecuencia, el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los entes locales debe realizarse con arreglo a los mismos límites que cualquier otro reglamento, estatal o autonómico, cuyo control corresponde a los Tribunales; la sanción que se prevé para los reglamentos ilegales es la nulidad de pleno derecho, conforme al artículo 62.2⁴⁹ de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

En ese sentido, los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria se agrupan en dos tipos:

1. Límites formales

- a. Competencia. En las corporaciones locales corresponde al Pleno (Ordenanzas o Reglamento en los municipios y Reglamento en las Provincias) y a los Alcaldes de los ayuntamientos (Bandos).
- b. Procedimiento de elaboración. La tramitación de las ordenanzas y reglamentos locales se regula en la Ley de Bases de Régimen Local mediante aprobación inicial por el Pleno; trámite de información pública y audiencia a los posibles interesados; aprobación definitiva por el Pleno.
- c. Jerarquía normativa. La aplicación de este Principio es congruente con el carácter derivado o heterónimo del ordenamiento local y se encuentra regulado expresamente en el Texto Refundido de las Disposiciones Legales en materia de Régimen Local.

2. Límites materiales

- a. Reserva de Ley. La ley puede regular cualquier materia, mientras que el reglamento tiene un ámbito limitado, no existiendo en nuestro ordenamiento reserva reglamentaria. Por ello, los reglamentos no pueden regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas de dicho rango, como ya se vio con anterioridad, ni tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, ni establecer penas o sanciones. En consecuencia la norma

⁴⁹ "También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o retroactivas de derechos individuales".

local sólo puede entrar a regular aquellas materias para las que haya sido previamente habilitada por el legislador, sin poder regular materias reservadas a la ley.

- b. Principios Generales del Derecho. Conforme al sometimiento de toda Administración Pública al derecho, proclamado en el artículo 103 de la Constitución.
- d. Interdicción de la arbitrariedad. Es también un Principio General de Derecho, recogido, además, de forma expresa en el artículo 9.3 de la Constitución.
- d. Inderogabilidad singular de los reglamentos, conforme al artículo 52.2 de la Ley 30/92.

Por todo ello, resumiendo, podemos afirmar que la Constitución reserva materias concretas a la ley que no pueden ser reguladas directamente por normas locales ya que, cualquiera que sea la posición adoptada en orden a su naturaleza, no tienen ciertamente rango legal. Sin embargo, la doctrina más moderna propugna una flexibilización de esta postura que TOSCANO GIL⁵⁰ sistematiza del siguiente modo:

- 1. Autonomía local. El artículo 137 de nuestra Constitución proclama de modo genérico la autonomía de las corporaciones locales, sin concretar su contenido objetivo o sustantivo mediante una reserva competencial mínima; como ya ha quedado expuesto, el Tribunal Constitucional concibe esencialmente la autonomía local como una garantía institucional y el autogobierno local como un poder limitado en el marco de la ley estatal, de modo que la potestad normativa local queda supeditada a la atribución efectuada por el legislador. Ahora bien, la garantía institucional de la autonomía local no debe ser entendida sólo en sentido negativo o defensivo, sino que es posible su configuración positiva, que permite dotar de contenido a la autonomía local, lo que se refleja en la consideración de la ordenanza como forma de expresión de la voluntad del ente local.
- 2. El carácter democrático de las Corporaciones Locales. Los entes locales son democráticos y representativos, salvo el caso de las Provincias que se basan en un mandato indirecto o de segundo grado, al estar los miembros de las Diputaciones Provinciales elegidos entre miembros de los Ayuntamientos. Así, se suele

⁵⁰ TOSCANO GIL, Francisco: "Autonomía y potestad administrativa local", Comares, Granada, 2006.

hablar de un cierto paralelismo entre los parlamentos y asambleas estatales y autonómicas del que se ha extraído una similitud de sus productos normativos que, en ambos casos, expresan una voluntad propia.

- 3. La reserva de ley como reserva de procedimiento. Históricamente, la reserva de ley surge como garantía de los ciudadanos frente al poder del Rey, asegurando que determinadas materias que atañen a sus derechos básicos, libertad y propiedad, sólo pudieran ser reguladas por las asambleas parlamentarias integradas por sus representantes, abstrayendo del Soberano todo poder de decisión sobre tales materias. En la actualidad, la contraposición de asambleas parlamentarias y poder ejecutivo es bien distinto, no existiendo una División de Poderes rígida y rigurosa, sino flexible con distintos mecanismos de interconexión entre los tres poderes clásicos. De igual modo, el hecho de la existencia de diferentes niveles territoriales en un estado compuesto, con sus correlativas asambleas, otorga una dimensión diferente al tradicional principio de reserva de ley. Ello propicia que se constituya como una reserva de procedimiento, de manera que los ciudadanos tengan la garantía de que cuestiones que afecten a sus derechos sean reguladas por una norma emanada de un órgano democrático, con arreglo a los principios de participación, contradicción, publicidad y pluralismo político.

Y, así, el procedimiento de elaboración de las ordenanzas locales cumple con los requisitos referidos, máxime el carácter democrático del órgano plenario que aprueba la norma.

En definitiva, la doctrina pretende modular la reserva de ley desde la perspectiva de que las corporaciones locales pueden actuar amparados en su potestad de autoorganización, adoptando normas por unos órganos a modo de parlamentos locales. Con este objeto, se ha creado el concepto de reserva de reglamento local, en el sentido de acotar un ámbito normativo a favor de los entes locales, vinculado a los titulares de la potestad reglamentaria estatal y autonómica. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de junio de 1995, aproximándose a la doctrina del Consejo de Estado expresada en su Dictamen de 23 de febrero de 1995, se manifiesta en esta dirección de flexibilización del principio de reserva de ley.

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto sobre la reserva de ley, BAÑO LEÓN⁵¹ afirma que uno de los criterios que hacen especialmente

⁵¹ BAÑO LEÓN, José María: (Vid).

posible remisiones normativas son los procedimientos de planificación, que aseguran la participación ciudadana y el debate, donde se permite que la Ley se remita a los Planes para la determinación de elementos importantes en la configuración del derecho de propiedad.

Así, explica FERNÁNDEZ MONTALVO⁵², los Planes urbanísticos no pueden contrariar las previsiones legales, los estándares mínimos de éstas, si bien su función no es la de un mero desarrollo de la Ley. Por el contrario, de acuerdo con determinados objetivos y medios, configuran determinaciones urbanísticas que afectan en gran medida al estatuto del derecho de propiedad, sin que vulneren la reserva de Ley.

No obstante, en la doctrina se han formulado reparos a esa capacidad del legislador que, a veces, se han entendido que vulnera el referido principio; la cuestión central consiste en determinar si la Constitución admite la remisión de al Plan en una materia que afecta al derecho de propiedad.

En ese sentido BAÑO LEÓN⁵³ señala que, por un lado, carece de justificación técnica que la reserva de Ley, con carácter general, imponga al legislador regular una materia hasta donde le sea posible. Lo que el Tribunal Constitucional valora es si está justificada la remisión de la Ley al Plan. Y debe tenerse en cuenta que cuando se efectúa dicha remisión no sólo hay atribución de potestades a la Administración, sino que, tratándose de Planes aprobados por los Municipios, se realiza, también, una ampliación de la esfera de autonomía local. Lo que debe preguntarse el intérprete es si está justificada materialmente la remisión. Y, en el Derecho Urbanístico, es claro que la determinación concreta de los usos en la ordenación, que es la decisiva para delimitar el contenido del derecho de propiedad, corresponde al Plan.

2.2.3. Las licencias urbanísticas

Sin duda una de las actividades municipales más destacables en materia urbanística es la de la concesión de las licencias. En efecto, el artículo 243.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (precepto declarado expresamente constitucional por la STC 61/97) disponía que "La competencia para otorgar las licencias corresponderá a las Entidades locales, de acuerdo con su legislación aplicable", concretando el artículo 21 q) de la citada Ley 7/85, que "El otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local".

⁵² FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael: (Vid).

⁵³ BAÑO LEÓN, José María: (Vid).

Con la licencia nos encontramos en la fase final del proceso urbanístico iniciado tras la redacción y consiguiente aprobación del planeamiento urbanístico, dando lugar, posteriormente, a su ejecución mediante las actuaciones de urbanización y, finalmente, de edificación. Como primera aproximación podemos afirmar que la licencia es, en sentido amplio, un acto administrativo de autorización, necesaria para cualquier actuación de edificación y uso del suelo; una modalidad de la intervención municipal en las actividades de los ciudadanos, siendo su objeto garantizar el desarrollo de tales actividades conforme al planeamiento urbanístico.

Respecto a su naturaleza, la licencia urbanística se caracteriza por una serie de notas que derivan tanto de las previsiones legales como de la jurisprudencia, entre las que cabe señalar las siguientes:

1. Medida de intervención administrativa en la actividad de edificación y uso del suelo, en cuanto excluye para esta actividad el régimen de pleno libre ejercicio. En concreto, se trata de una autorización de policía, porque se concede por la Administración con el fin de controlar la actividad autorizada y definirla en sus concretos límites.
2. Incide no en el derecho de edificación o al uso del suelo, como tales, sino en su ejercicio. El propietario cuenta con un derecho preexistente cuyo desarrollo efectivo viene condicionado al cumplimiento de ciertos deberes (de cesión, equidistribución y urbanización). Satisfechas estas condiciones, se consolida el aprovechamiento inherente a la titularidad dominical y el propietario puede materializarlo en los términos previstos por el planeamiento. El derecho a edificar no se concede por la licencia, sino que se es titular del mismo con anterioridad, si bien para su ejercicio concreto es preciso superar el control preventivo en que consiste la licencia. De esta segunda nota se derivan 3 consecuencias:
 - a. La licencia, aunque no sea constitutiva de derecho, como tal, es un acto que amplía la esfera jurídica del titular; constituye, por ello, en dicho titular un interés al mantenimiento de la licencia y, por ende, opera como título jurídico ante la Administración.
 - b. Los actos ejercitados sin licencia, pero de conformidad con el ordenamiento urbanístico, son legalizables con posterioridad.
 - c. El carácter declarativo del control que la licencia implica supone la posibilidad de solicitar sucesivamente y sin límites nuevas licencias para la realización del mismo acto sobre idéntico suelo y construcción, sobre la base de nuevos hechos o de la modificación de las características del acto proyectado.

3. Tiene por objeto controlar que el acto que se pretenda realizar esté dentro de la ordenación territorial o urbanística aplicable; esto es, constituye un control de licitud de la actuación. Se trata, pues, de una limitación administrativa de derechos, en particular de las que implican una prohibición general.
4. Responde a la concepción clásica de la autorización administrativa considerada como acto por el que la Administración remueve el obstáculo que se opone al ejercicio de un derecho del que es titular el sujeto autorizado, previa comprobación de que dicho ejercicio no es contrario al ordenamiento jurídico. De ello, se infieren las siguientes notas:
 - a. Es una autorización simple, ya que su objetivo es únicamente controlar la actividad autorizada, desde la perspectiva del cumplimiento de la ordenación urbanística, sin entrar en otro tipo de valoraciones.
 - b. Es una autorización por operación, pues no crea un vínculo estable entre la Administración otorgante y el sujeto autorizado, agotándose sus efectos al realizarse la actividad a que se refiere la licencia.
 - c. Es una autorización de carácter real, porque su única consideración es el objeto sobre el que recae, abstracción hecha de las circunstancias personales del sujeto solicitante de la licencia, de modo que un eventual cambio de la persona resulta irrelevante, frente a una modificación de las condiciones del objeto, que resulta decisiva.
 - d. La licencia se otorga salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero. La licencia se limita a un control territorial y urbanístico, sin extenderse a otros aspectos, singularmente a los de índole jurídico civil, de manera que la Administración se declara neutral respecto de los eventuales conflictos que puedan surgir entre el solicitante de la licencia y terceros, tanto en relación con la propiedad como en lo que respecta a cualesquiera otras consecuencias que en el orden privado puedan derivarse de la actividad autorizada.
 - e. Se trata de un acto reglado, del que deriva la exigencia de que su otorgamiento o denegación sólo pueda depender de la conformidad o no del acto proyectado con la normativa aplicable en cada caso (STS de 21 de abril de 1987). En ese sentido, la Administración carece de facultades discrecionales para decidir su otorgamiento o denegación. Por el contrario, debe limitarse a la comprobación de la conformidad o disconformidad de la actividad proyectada por el solicitante con las disposiciones aplicables, a las que en todo momento debe

ajustarse en la doble vertiente de conceder la licencia que se acomode a tales disposiciones y tener que denegar las que se opongan a las mismas.

En relación con esta característica, quizás la más importante de cuantas definen a la licencia urbanística, el Tribunal Supremo ha realizado las siguientes precisiones:

- 1º. La normativa de referencia para llevar a cabo la comprobación de la legalidad de la actuación para la cual se solicita la licencia ha de estar vigente, lo que exige su aprobación definitiva y posterior publicación. De este modo, no es posible una denegación de una licencia invocando una ordenación futura o en un planeamiento meramente proyectado (STS de 9 de marzo de 1988).
- 2º. No es posible exigir otros requisitos o condicionamientos distintos de los que resultan de la normativa vigente, sin que quepan condiciones, en sentido estricto, salvo las denominadas *conditiones iuris*, esto es, cláusulas que eviten la denegación mediante la incorporación a la licencia de exigencias derivadas del ordenamiento vigente y que, sin embargo, no figuraban en la petición formulada por el interesado, permitiendo la adaptación del proyecto al ordenamiento urbanístico vigente (STS de 21 de abril de 1987, 8 de julio de 1989 y 9 de noviembre de 1998, entre otras). Ahora bien, no cabe el establecimiento de condiciones basadas en razones de oportunidad, siendo reglado no sólo el acto de concesión en sí mismo, sino también su contenido (STS de 25 de septiembre de 1989). Tampoco cabe el establecimiento de condiciones a *posteriori* de la concesión del acto de concesión, pues ello equivaldría a una revocación o, mejor dicho, revisión de la licencia previamente otorgada de forma ilegal con desconocimiento del derecho ya adquirido por el solicitante que fue reconocido en su momento por la propia Administración (STS de 25 de noviembre de 1987). Sin embargo, si la condición impuesta por la Administración deviene inviable o de imposible cumplimiento por causas ajenas a la voluntad del solicitante de la licencia, quedará exonerado de su cumplimiento (STS de 21 de enero de 1987).
- 3º. Cuando no existan normas específicas por ausencia de Plan, la Administración ha de atenerse a las normas legales de directa aplicación y respetar el principio de igualdad, evitando decisiones discriminatorias que denieguen en unos casos lo que se concede en otros.

4º. El acto administrativo en virtud del cual se resuelve la solicitud de la licencia ha de ser motivado, como consecuencia del carácter reglado de aquélla.

En relación con el ámbito objetivo de la licencia urbanística es preciso indicar que ésta afecta a todos los actos de transformación y usos del suelo natural o construido. La consecuencia que resulta de este hecho es que el ámbito de los actos sujetos a licencia urbanística es muy amplio, abarcando no sólo a todo tipo de construcciones y edificaciones, sino también a actividades tan variadas como el movimiento de tierras o la instalación de carteleras publicitarias, por citar un par de ejemplos.

Respecto al ámbito subjetivo, el deber de obtener licencia está también contemplado con generalidad: todos están sujetos a la obligación de obtener la licencia municipal para la realización de la actividad sujeta a la misma; las actuaciones promovidas por las Administraciones Públicas o entidades dependientes de ellas están sujetos a la licencia urbanística, hasta el punto de que cuando los actos de construcción o edificación sean promovidos por el mismo Ayuntamiento en su propio término municipal, el acuerdo municipal que los autorice o apruebe estará sujeto a los mismos requisitos y producirá los mismos efectos que la licencia urbanística, todo ello sin perjuicio de la existencia de determinados procedimientos especiales, como el previsto en el artículo 161 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, objeto último del presente estudio.

En cuanto al procedimiento para la obtención de la licencia, se inicia mediante la presentación de la correspondiente solicitud acompañada del oportuno proyecto técnico suscrito por profesional habilitado, normalmente visado (informe preceptivo y no vinculante) por el Colegio Profesional procedente cuya finalidad es acreditar la colegiación de dicho técnico, así como garantizar el adecuado cumplimiento del ordenamiento urbanístico por el proyecto, si bien es preciso resaltar que el incumplimiento del trámite del visado no impide solicitar la licencia, toda vez que la competencia para su otorgamiento o denegación sólo corresponde, como ya se dijo, al Municipio³⁴. A este respecto,

³⁴ Sobre la cuestión del procedimiento, procede hacer un comentario, aunque sólo sea a mero título de reflexión, sobre los efectos que en nuestro ordenamiento jurídico pudiera tener en el futuro la aplicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior, actualmente en fase de transposición por las distintas Administraciones Públicas, coordinadas desde el Ministerio de Economía y Hacienda, y que pudiera dar lugar a un giro de 180 grados en el modelo tradicional español de actividades sujetas a la concesión previa de una

señala PARADA³⁵ que la técnica del visado estuvo inicialmente orientada al control corporativo, ceñido a la verificación de la identidad y habilitación del profesional y a la corrección e integridad formal de la documentación técnica integrante del trabajo, para después poder los Colegios *ex lege* comunicar a la Administración competente el incumplimiento, denegando el visado³⁶.

En caso de que la solicitud de licencia o el proyecto técnico no reúnan los requisitos necesarios, el ayuntamiento habrá de requerir al solicitante para que, en el plazo de 10 días, subsane la falta de documentación aportada o las deficiencias aparecidas, con la advertencia expresa de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido en su petición, procediéndose al archivo de su solicitud sin más trámites, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común.

La tramitación finalizaría con la emisión de la correspondiente resolución administrativa concediendo o denegando, en su caso, la licencia solicitada. Cabe mencionar que es característico de este procedimiento la posibilidad de que con determinados requisitos y limitaciones la licencia puede obtenerse mediante resolución presunta, es decir, por silencio administrativo positivo, cuestión sobre la que se incidirá especialmente más adelante en este trabajo.

El efecto de la concesión de licencia sería la legitimación de la ejecución de los actos y el desarrollo de los usos y actividades correspondientes. En concreto, las licencias urbanísticas que supongan la realización de obras se otorgan por un plazo determinado de inicio y finalización de las mismas.

autorización administrativa, suplido por un modelo de comunicación posterior al inicio de la actividad mediante el cual el interesado afirma reunir los requisitos exigidos por la normativa aplicable en cada sector, la urbanística, en este caso, pero también que va a afectar otros ámbitos en íntima conexión, caso, por ejemplo, de los Colegios Profesionales, sobre los que se aludirá próximamente en este estudio.

³⁵ PARADA, Ramón: (Vid.).

³⁶ Siguiendo con lo señalado con anterioridad sobre la Directiva 2006/123/CE, es preciso añadir que los apartados g) y h) de su artículo 15 parece ser que exigirá a modificar la obligatoriedad de visado por parte de determinados Colegios Profesionales, lo que precisará la modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales y, en consecuencia, dado su carácter básico (STC 76/1983, de 5 de agosto), también de las leyes autonómicas en la materia, caso de la Ley 19/1997, de 11 de julio, de Colegios Profesionales de la Comunidad de Madrid. A mayor abundamiento, la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y la Comisión, de 7 de septiembre, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales exigirá modificar esta normativa, básica y autonómica, con el objetivo de permitir el reconocimiento de la libre prestación de servicios en España por parte de profesionales colegiados en otros Estados miembros.

3. DE LA LEY 9/1995, DE 28 DE MARZO, A LA LEY 9/2001, DE 17 DE JULIO, DE SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Al desarrollar el marco competencial general Estado-Comunidades Autónomas, ya explicamos que la Comunidad de Madrid tiene reconocida en el artículo 26.1.4 de su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva sobre *ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*. De igual modo, quedó expuesto el conjunto de disposiciones legales que se habían aprobado en la Comunidad como normativa complementaria del Texto Refundido de 1976.

Posteriormente, estando ya vigente el Texto Refundido de 1992, en el ámbito de la Comunidad de Madrid se aprobó una nueva disposición: la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo. Esta ley regulaba:

1. Ordenación del territorio: creaba el Plan regional de Estrategia Territorial, los Programas de Coordinación de la Acción Territorial y los Planes de Ordenación del Medio Urbano y Rural; regulaba las "Actuaciones de Interés General" como instrumento para el desarrollo y la ejecución de políticas territoriales contenidas en el citado Plan regional de Estrategia Territorial, a través de las "Zonas de Interés Regional" y de los "Proyectos de Alcance Regional".
2. Planeamiento Urbanístico: Determina las competencias de la Comunidad de Madrid respecto de la aprobación definitiva del planeamiento municipal; permitía que determinadas modificaciones del planeamiento fuesen aprobadas directamente por los Municipios; regulaba pormenorizadamente el régimen del suelo no urbanizable así como las modalidades de gestión del sistema de expropiación forzosa y la figura de los convenios urbanísticos.

Sin embargo, el "terremoto jurídico", si se nos permite la expresión, que supuso la celeberrima STC 61/97 conllevó la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a la nueva situación, en orden a colmar el vacío legal generado por la declaración de inconstitucionalidad del Texto Refundido de 1992 en el que se fijaba el marco general estatal del que la normativa de la Comunidad de Madrid, como ya vimos, era complementaria, a resultas de lo cual se aprobó la Ley 20/1997, de 15 de julio, de Medidas Urgentes en materia de Suelo y Urbanismo, que reproducía, a estos efectos, parte de los preceptos anulados del propio Texto Refundido de

1992, singularmente los relativos a la fijación de las áreas de reparto y aprovechamiento tipo.

Finalmente, el devenir de las disposiciones de la Comunidad de Madrid en materia de urbanismo concluye con la aprobación de la vigente Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Su texto consolidado³⁷ se compone de 248 artículos; una disposición adicional; nueve disposiciones transitorias; una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales. En cuanto a su estructura, el Título Preliminar regula el objeto y principios generales. El Título I, el Régimen urbanístico del suelo (Disposiciones generales; Clasificación del suelo; Régimen urbanístico del suelo urbano; Régimen urbanístico del suelo urbanizable; Régimen urbanístico del suelo no urbanizable de protección). El Título II, el Planeamiento urbanístico (Determinaciones legales y reglamentarias; Determinaciones de la ordenación urbanística; Planeamiento Urbanístico General; Planeamiento Urbanístico de Desarrollo; Formación, aprobación y efectos de los Planes de Ordenación Urbanística). El Título III, la Ejecución del Planeamiento (Actividad de ejecución; Presupuestos legales; Distribución equitativa de beneficios y cargas; Gestión mediante unidades de ejecución; Otras formas de ejecución; Conservación de la urbanización; Expropiación Forzosa). El Título IV, la Intervención en el uso del suelo, en la edificación y en el mercado inmobiliario (Parcelación; Intervención de la Comunidad de Madrid en actos de uso del suelo, construcción y edificación; Intervención municipal en actos de uso del suelo, construcción y edificación; Conservación y rehabilitación de terrenos, construcciones y edificios; Instrumento de incidencia en el mercado inmobiliario). El Título V, la Disciplina urbanística (Inspección urbanística; Protección de la legalidad urbanística; Infracciones urbanísticas y su sanción). El Título VI, la Organización y cooperación interadministrativa (Órganos de la Comunidad de Madrid; Fórmulas y técnicas de cooperación).

³⁷ Texto original de la Ley incorporadas las modificaciones efectuadas por las siguientes normas: 1ª Ley 14/2001, de 26 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas; 2ª Ley 9/2003, de 26 de marzo, del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid; 3ª Ley 2/2004, de 31 de mayo, de medidas Fiscales y Administrativas; 4ª Ley 2/2005, de 12 de abril, de modificación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid; 5ª Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas; 6ª Ley 3/2007, de 26 de julio, de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid; 7ª Ley 7/2007, de 21 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

4. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 161 DE LA LEY DEL SUELO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

El artículo 161 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid prevé que *"1. Los proyectos de obras y servicios públicos y los de construcción y edificación y de uso del suelo [...] que formulen en ejecución de sus políticas regionales la Administración de la Comunidad de Madrid y las entidades por ella creadas, de ella dependientes o adscritas a la misma, y sean urgentes o de excepcional interés público, se sujetarán al procedimiento previsto en este artículo, cuya resolución, en cualquiera de las formas previstas en los números siguientes, producirá los efectos propios de la licencia municipal. 2. Los proyectos a que se refiere el número anterior serán sometidos al Ayuntamiento interesado para informe. A tal efecto se otorgará un plazo adecuado en función de las características de los proyectos y nunca inferior a un mes. 3. El informe positivo sobre la conformidad del proyecto con la ordenación urbanística aplicable implicará la declaración municipal definitiva de su viabilidad urbanística, haciendo innecesarios cualesquiera ulteriores trámites. El mero transcurso, sin efecto, del plazo otorgado para su evacuación producirá legalmente todos los efectos propios de la emisión expresa del informe en sentido positivo. 4. La comunicación por el Ayuntamiento, de disconformidad del proyecto con la ordenación urbanística de aplicación dará lugar, en todo caso, a la apertura de los trámites siguientes: a) La Administración titular del proyecto adaptará su contenido si es posible a la ordenación urbanística aplicable, comunicando las rectificaciones hechas al Ayuntamiento. b) De no ser posible la adaptación del proyecto a la ordenación urbanística, la Administración titular motivará la urgencia o el interés general de la ejecución del proyecto, comunicándolo al Ayuntamiento y a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística. 5. En el caso previsto en el apartado b) del número anterior, la Consejería competente en materia de ordenación urbanística lo elevará al Gobierno de la Comunidad de Madrid, el cual, apreciados los motivos de urgencia o interés general que exige la ejecución del proyecto, lo aprobará, precisando los términos de la ejecución y determinando la procedencia, en su caso, de la incoación de procedimiento de modificación o revisión del planeamiento urbanístico. El importe de los proyectos de revisión o de modificación será subvencionado por la Comunidad de Madrid, atendiendo a las circunstancias del municipio"*.

El artículo 161 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, regula un procedimiento administrativo especial para la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras promovidos por la Administración de la Comunidad de Madrid. Su

singularidad se fundamenta en que tiene por objeto actuaciones que debiendo estar, en principio, sujetas a la correspondiente licencia municipal, no obstante se tramitan al margen de ella.

Grosso modo, el procedimiento contiene las siguientes fases:

1. Traslado del proyecto al municipio para la emisión de informe sobre conformidad urbanística.
2. Emisión del informe sobre conformidad urbanística.
3. Comunicación a la Consejería competente en ordenación del territorio para su posterior elevación a Consejo de Gobierno, en caso de resultar el proyecto contrario al planeamiento.

Procedamos a su análisis de forma más detallada:

1. Traslado del proyecto al municipio (o municipios) afectado (o afectados) a los efectos de que por éste (o éstos), en el plazo de un mes, se emita un informe comprensivo de la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística aplicable.
2. Solicitado el informe al Ayuntamiento (o Ayuntamientos), caben 3 posibilidades:
 - a. Si el informe expresase la **conformidad del proyecto con el planeamiento**, dicho informe urbanístico equivaldrá a una declaración municipal de viabilidad urbanística, esto es, legitimará directamente la ejecución de las obras de que se trate o, dicho en otros términos, el informe tendrá la misma consideración, a todos los efectos, que una licencia urbanística ordinaria, finalizando en este caso el procedimiento.
 - b. Ahora bien, la Ley prevé, de forma taxativa, los efectos de la **no emisión en plazo del referido informe urbanístico**: los *"propios de la emisión expresa del informe en sentido positivo"*. Por su parte, el artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común dispone que *"En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo"*, añadiendo su apartado 3 que *"La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizado del procedimiento"*.

En este punto conviene poner de manifiesto que el acto presunto tiene, en toda regla, la consideración de verdadero acto administrativo. Como se señala en la STSJ de Canarias —Las Palmas— de 11 de marzo de 2005, “[...] el Legislador ha querido dar al silencio positivo efectos de acto administrativo que finaliza el procedimiento hasta el punto que la propia Exposición de Motivos de la Ley 4/1999 declara que “el silencio administrativo positivo producirá un acto administrativo eficaz que la Administración Pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley”¹⁸. De igual modo, la STSJ de Andalucía —Granada— de 30 de diciembre de 2005 establece que “el silencio positivo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento, es un verdadero acto declarativo de derechos con todas las consecuencias que ello supone”. Y ello es así porque con la Ley 4/99¹⁹ el acto presunto estimatorio se equipara al acto expreso sin necesidad de su acreditación por algún medio legal privilegiado, puesto que tras la reforma de la Ley 4/99 se puede acreditar la existencia del acto presunto por cualquier medio de prueba, como consecuencia lógica de la opción legal por la producción automática de los efectos del silencio. De ahí que el apartado 4º del mismo precepto señale que “en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.

Asimismo, como indica el Tribunal Supremo (STS de 16 de julio de 1997), “el silencio administrativo [...] está establecido en beneficio del administrado y, en consecuencia, es a él a quien corresponde utilizarlo para su conveniencia o desconocerlo cuando le perjudique. No le es lícito a la Administración beneficiarse del incumplimiento de resolver expresamente, porque hay, en efecto, un principio general del Derecho según el cual ningún infractor puede alegar en su propio beneficio su incumplimiento de la normas”. De igual modo, la STS de 2 de octubre de 1997 advierte que el silencio administrativo es “una garantía para los administrados frente a la pasividad de los órganos obligados a resolver, garantía de la que se puede hacer uso o esperar a la resolución

¹⁸ Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

expresa, sin que ello pueda comportar ningún perjuicio al interesado”.

Por tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 161 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en conexión con el artículo 43 de la Ley 30/92, en caso de que transcurra el plazo de un mes previsto al efecto, el informe urbanístico que le corresponde emitir al Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado, únicamente puede ser confirmatorio del silencio positivo producido. Es decir, nunca podrá el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado emitir un informe urbanístico contrario a la solicitud formulada por la Comunidad de Madrid, sino que se deberá limitar a confirmar el silencio administrativo positivo.

A mayor abundamiento, es preciso indicar que aun cuando el acto del Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado pudiera tener forma externa de resolución, lo cierto es que se trata de la emisión de un mero informe en el seno de un procedimiento, cuestión sobre la que debe recordarse que el artículo 82.4 de la misma Ley 30/92 previene que “Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones”.

Por otra parte, procede analizar el procedimiento que debería seguir el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado si no se encuentra de acuerdo con los efectos a que da lugar el silencio administrativo. Emitido el informe en sentido favorable, como consecuencia del silencio administrativo, o, lo que es lo mismo, por no haber sido emitido en el plazo legalmente previsto, si el Consistorio pretende expresar su desacuerdo con la resolución emitida por silencio administrativo, debería instar la revisión de oficio de dicho acto, conforme a lo dispuesto en los artículos 102 o 103 de la referida Ley 30/92, pero, de ningún modo, emitir una Resolución denegatoria o desfavorable, puesto que, ello supondría contravenir los artículos 161 de la Ley 9/2001 y 43 de la Ley 30/92.

En efecto, si el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado considera que con la emisión del informe por silencio administrativo la Comunidad de Madrid pudiera adquirir facultades o derechos en contra de la ordenación territorial o urbanística vigente, contraviniendo el artículo 8.2 b) *in fine* del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de

la Ley del Suelo⁵⁹, y el artículo 5 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, debería instar el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 o 103 de la Ley 30/92. Y ello es así, porque la prohibición de adquirir facultades o derechos en contra de la ordenación territorial o urbanística vigente no deja de ser una expresión concreta, en el ámbito urbanístico, del vicio de nulidad absoluta previsto en el artículo 62.1 f) de la Ley 30/92.

Así lo entiende BELTRÁN AGUIRRE⁶⁰ cuando destaca que éste es la única y obligada vía posible para lograr la anulación de un acto presunto positivo "contra legem", destacando que con este concreto mandato legal el legislador ha querido poner coto a las resoluciones denegatorias tardías admitidas por la doctrina jurisprudencial mayoritaria sobre la base de los citados preceptos, razonando que no es posible obtener por acto presunto lo que es contrario a la legalidad urbanística. Ahora bien, el postulado final sigue siendo válido, es decir, en materia urbanística no se puede obtener por silencio administrativo lo que la Ley no permite, pero la Administración —el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado, en este caso— ya no tiene libertad para dictar un acto denegatorio tardío, sino que necesariamente tendrá que acudir al procedimiento de revisión de oficio o al proceso de lesividad, según se trate de un acto presunto nulo o anulable, respectivamente. En todo caso, como destaca DE LA SERNA BILBAO⁶¹, para proceder a la revocación (*sic*⁶²) debe existir un acto previo, que declare motivadamente dicha disconformidad, motivación

⁵⁹ Antiguos artículos 178.3 de la Ley del Suelo de 1976 y 242.6 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

⁶⁰ BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis: "Los efectos del silencio administrativo positivo en el ámbito de las licencias urbanísticas" en *Repertorio de Jurisprudencia* num. 17/2002. Aranzadi, 2002.

⁶¹ DE LA SERNA BILBAO, María de las Nieves: "Intervención en el uso del suelo y la edificación" en *Derecho urbanístico de la Comunidad de Madrid*, dirigido por PAREJO ALFONSO (Vid.).

⁶² Con el debido respeto a la profesora De la Serna Bilbao, considero que el término empleado más bien debería haber sido "revisión", dado que la "revocación" de los actos administrativos, regulada en el artículo 105.1 de la Ley 30/92, tiene por objeto actos de gravamen, esto es, actos no favorables a los ciudadanos, frente a la revisión de oficio de actos nulos o anulables (artículos 102 ó 103 de la misma Ley 30/92) que se refieren a actos declarativos de derechos o favorables a los ciudadanos, como sucedería en el caso de la licencias urbanísticas, modalidad de acto de autorización administrativa. Así, cabe citar los Dictámenes del Consejo de Estado 5393/1997, de 18 de diciembre; 214/1999, de 11 de marzo; 2990/2001, de 25 de octubre; 3440/2001, de 17 de enero de 2002 y en particular el

que debe realizar con la suficiente amplitud como para permitir el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos (STS de 22 de marzo de 1983, 9 de febrero de 1987, 23 de abril de 1990 y 20 de enero de 1998 y SSTC de 17 de julio de 1981 y 16 de junio de 1992).

En consecuencia, es la propia Ley 30/92 la que prevé, por una parte, la posibilidad de que se den estos actos nulos de pleno derecho en virtud de los cuales se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición y, por otra, el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos de pleno derecho (o anulables), sin que pueda la Administración, bajo ningún pretexto, anular un acto administrativo *per se*, sino que debe seguir el procedimiento legalmente previsto al efecto, que no es otro que el regulado en el artículo 102 y siguientes de la Ley 30/92.

Otra cosa es que el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado consideraran que la documentación aportada junto con la solicitud de informe sea insuficiente o que pudiera padecer cualquier defecto. En este caso el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado deberá requerir a la Administración regional que procediera a subsanar tales defectos, conforme al ya mencionado artículo 71 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones y del Procedimiento Administrativo Común. Así, una vez efectuado el requerimiento, si la Comunidad de Madrid no presentara la documentación requerida, el Consistorio podrá archivar la solicitud; y si se hubiese presentado la documentación, el Ayuntamiento deberá emitir el informe solicitado, suspendiéndose el plazo para su emisión durante el tiempo transcurrido para llevar a cabo el requerimiento indicado.

Mención aparte debe realizarse sobre la declaración de urgencia o excepcional interés general. En este punto conviene poner de manifiesto que el procedimiento previsto en el artículo 161 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid es un tanto confuso, habida cuenta de que la motivación de la urgencia o excepcional interés es un trámite que se recoge en el apartado 4º del propio artículo. En efecto, nada se dice antes en este precepto sobre la motivación o justificación de

Dictamen 2563/2004, de 25 de noviembre que señala que "En puridad, se produjo una revocación de plano de las Resoluciones originarias, cuando la revocación sólo es permitida a las Administraciones Públicas por el artículo 105.1 de la Ley 30/1992 respecto de actos de gravamen o desfavorables".

la urgencia o excepcional interés público como presupuestos para acudir a este procedimiento especial, de modo que cabría plantearse si en la fase inicial de remisión del proyecto al Ayuntamiento, para su informe urbanístico, se exige aportar algún documento que acredite tales extremos o características que permitan acudir a dicho procedimiento especial o, caso contrario, bastaría con remitir una mera solicitud junto con algún documento complementario (memorias, planos, etc.), pero no una declaración de urgencia o interés público que, acorde con el apartado 4 del artículo 161, parece estar atribuida sólo al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid.

Siguiendo a DE LA CRUZ MERA⁶³ llegamos a la conclusión de que el trámite regulado en el apartado 4º del artículo 161 es repetitivo de otro anterior, ya que parece evidente que la iniciación de todo el procedimiento requerirá la declaración previa de la urgencia o excepcional interés público. Así se deduce de lo dispuesto en el párrafo 1 del precepto analizados y de la propia lógica interna de la norma. Si tales requisitos no concurren desde el inicio de la apertura de esta clase de procedimientos lo que procede es la solicitud de la correspondiente licencia, pero no la aplicación de un procedimiento alternativo como éste, caracterizado por las notas de la excepcionalidad y la urgencia. En suma, tal declaración del órgano titular de las obras es previa a la declaración municipal de conformidad o disconformidad con el planeamiento, entendiéndose que es, de hecho, la que deberá iniciar todas las actuaciones. Ahora bien, nominal y semánticamente, con el fin de su diferenciación respecto de la declaración formal de urgencia o interés general que le corresponde realizar sólo al Consejo de Gobierno, este acto administrativo previo de declaración por parte del órgano titular de las obras, bien podría denominarse "de inicio o por la que se promueve" el procedimiento previsto en el artículo 161 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, y que se materializaría en una Orden del titular de la Consejería promotora del proyecto.

Però, en ningún caso, podría el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado ampararse en una falta de justificación

⁶³ DE LA CRUZ MERA, Ángela: "Actos con incidencia territorial promovidos por las Administraciones Públicas. Actos exentos del control preventivo municipal" en Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. COPUT Madrid, 2002.

de las condiciones de urgencia o interés general en la documentación para dictar directamente una Resolución denegatoria, sino que, como ya quedó expuesto con anterioridad, debería en ese caso requerir a la Administración regional que aportara la documentación que justifique o motive tales condiciones. A este respecto, es reiterada jurisprudencia (STS de 18 de septiembre, 4 de mayo, 20 de abril, 13 y 20 de marzo de 1990, entre otras) que en este tipo de decisiones discrecionales en el ámbito del urbanismo, el control por los Tribunales se centra en que la decisión guarde coherencia o resulte racionalmente justificada.

c. Si el informe determinase la **disconformidad del proyecto con el planeamiento urbanístico** vigente, la Comunidad de Madrid deberá adaptar su contenido, es decir, deberá adecuar el proyecto al planeamiento. Si la adaptación efectivamente se produce, la Administración autonómica deberá así comunicarlo al Ayuntamiento a los efectos señalados en el punto anterior.

3º Pero si la adaptación no fuese posible y el proyecto resultase contrario al planeamiento urbanístico, deberá entonces comunicarse a la Consejería competente en materia de urbanismo (actualmente Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio), remitiendo el expediente al objeto de que por ésta se eleve al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid. El Consejo de Gobierno verificará⁶⁴ la concurrencia de los motivos de urgencia e interés general, de forma que el Acuerdo declarará tales extremos; aprobará los proyectos, así como la modificación o revisión del planeamiento urbanístico al objeto de que sea éste el que se adecue al proyecto y, finalmente, se comunicará al Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado.

No obstante, nada exige que el Consejo de Gobierno deba aprobar el expediente. No existe una obligación ineludible de que el Consejo de Gobierno apruebe, de forma automática, cuantos expedientes se tramiten con arreglo al artículo 161 de la Ley del Suelo, sino que, en su condición de órgano que dirige la política de la Comunidad de Madrid, correspondiéndole las funciones ejecutivas y administrativas (artículo 22 del

⁶⁴ No es ésta la expresión empleada por el legislador pero, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente sobre el hecho de que la repetición que este trámite supone de otro lógicamente anterior, la actuación del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid debe entenderse en los términos expuestos.

Estatuto de Autonomía), cuenta con la capacidad de decisión de que, por motivos de oportunidad, no se adopte el Acuerdo correspondiente.

En tal caso, no siendo posible la aprobación del proyecto por el procedimiento señalado, la Consejería promotora sólo podría modificar el proyecto en los términos contenidos en el informe urbanístico emitido por el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado, al objeto de adecuarlo al planeamiento vigente en el municipio.

Y ello es así, porque la decisión de aprobar el proyecto por parte del Consejo de Gobierno con arreglo al artículo 161 de la Ley del Suelo, no deja de ser un claro ejemplo de potestad discrecional, de suerte que el informe urbanístico emitido por el ayuntamiento (o ayuntamientos) afectado no puede condicionar, en último caso, la decisión que le corresponde adoptar en el ejercicio de sus competencias. Es decir, el hecho de que un ayuntamiento, en un supuesto dado, emitiera un informe contrario a la solicitud presentada por la Comunidad de Madrid, no puede convertirse en un instrumento para que los ayuntamientos impongan a la Administración regional el empleo inexorable de este procedimiento especial. El informe urbanístico municipal no da lugar a una decisión de obligado cumplimiento por parte del Consejo de Gobierno que conlleve la utilización, sin excepción posible, de la vía del artículo 161, sino que aquel puede decidir, por razones de oportunidad, no aprobar el expediente, con las consecuencias expuestas.

Se trata, pues, de un procedimiento alternativo al procedimiento previsto con carácter general para cualquier otra actividad. Ejemplos de la utilización de este procedimiento especial son la ampliación de la Red de Metro, la ejecución de las instalaciones deportivas en el Parque de Santander en Madrid, la construcción de los Teatros del Canal de Isabel II en Madrid o la construcción del Instituto de Enseñanza Secundaria de Ciempozuelos, procedimiento sobre el que, en lo que aquí concierne, es preciso destacar que el papel del Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado debe limitarse a comprobar que el proyecto de obras resulta ser compatible o no con el planeamiento urbanístico vigente en el término municipal y, en consecuencia, a emitir el oportuno informe que exprese la conformidad o no de uno (el proyecto) con el otro (el planeamiento) y sin que, en ningún caso, pueda el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado entrar a valorar las razones que llevan a la Comunidad de Madrid a aprobar el proyecto, ya que la decisión de promover la

obra es una decisión discrecional, adoptada por la Administración autonómica dentro del ámbito de sus competencias (artículo 26.1.5 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid⁶⁵, con carácter general, sin perjuicio de otros títulos competenciales⁶⁶) y que no puede ser discutida por el Ayuntamiento (o Ayuntamientos) afectado, de manera que el consistorio, de acuerdo con el citado artículo 161 de la Ley 9/2001, únicamente puede analizar si el proyecto de obras es conforme o no con el planeamiento vigente, lo que concuerda con el carácter reglado de la actividad municipal de otorgamiento de las licencias ya visto en su momento en este estudio.

Finalmente, es preciso añadir que el procedimiento expuesto no supone una novedad en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la Disposición Adicional Décima del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo, como en su momento lo hizo el artículo 244.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 24 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (precepto declarado expresamente constitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo), y como antes también lo realizó el artículo 180 de la Ley del Suelo de 1976, tras la Ley de Reforma de 1975, regula un procedimiento análogo para las obras promovidas por la Administración del Estado en las que concurren razones de urgencia o excepcional interés público.

Pues bien, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 18 de diciembre de 2002, 26 de diciembre de 2001, 6 de marzo de 2000, 6 de octubre de 1998, 7 de mayo de 1996, 18 de septiembre y 19 de julio de 1990, 19 de octubre de 1989, 16 de febrero y 23 de junio de 1988, 18 de mayo de 1987, entre otras) y del Tribunal Constitucional (SSTC 56/86, de 13 de mayo; 170/89, de 19 de octubre) que avalan la posibilidad de acudir a este procedimiento especial siempre que concurren los presupuestos de urgencia o excepcional interés público y que, en definitiva, subrayan la posición de prevalencia y especialidad

⁶⁵ Obras públicas de interés de la Comunidad de Madrid, dentro su propio territorio.

⁶⁶ Artículos 26.1.6 (Ferrocarriles, carreteras y caminos cuyo itinerario discurre íntegramente por el territorio de la Comunidad de Madrid); 26.1.7 (Instalaciones de navegación y deporte en aguas continentales, aeropuertos y helipuertos deportivos); 26.1.8 (Construcción de aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la Comunidad de Madrid); 26.1.18 (Archivos, bibliotecas, museos, hemerotecas, conservatorios de música y danza, centros dramáticos y de bellas artes); 27.4 (Sanidad); 28.1.1 (Gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social); 29.1 (Desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza); 49.1 y 49.3 (Administración de la Administración de Justicia, incluidas las sedes judiciales).

en que se encuentra la Administración estatal (SSTC 123/1988, de 23 de junio y 133/1990, de 19 de julio), posición que sería extrapolable a la Administración de la Comunidad de Madrid en el ejercicio de sus competencias.

En particular, cabe hacer referencia a la citada STS de 6 de marzo de 2000 cuando señala que *"el artículo 244.2 del TRLS de 1992 es una manifestación de la virtualidad de las circunstancias excepcionales que contempla para alterar las reglas generales en materia de competencia y procedimiento. En el sistema del artículo 244.2 la competencia municipal para el otorgamiento de la licencia se ve sustituida por la del Consejo de Ministros para decidir si procede ejecutar el proyecto"*. *Sensu contrario*, el ayuntamiento (o ayuntamientos) afectado no puede decidir si procede ejecutar el proyecto, por la razón de que no puede arrogarse para sí la competencia de decidir si aquél es una actuación de interés público o urgencia.

De igual modo, la mencionada STS de 18 de diciembre de 2002 aclara que *"debe considerarse suficiente, de la misma forma, que el proyecto que se remita muestre con precisión cuáles son las características básicas de la obra que se propone y su adecuación o inadecuación al planeamiento aplicable, de forma tal que el Ayuntamiento disponga de los elementos de juicio necesarios para poder ejercer con plenitud su potestad de declarar la conformidad o disconformidad con el planeamiento del proyecto de que se trate"*.

Ejemplos de la utilización de este procedimiento especial, análogo al del artículo 161 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, son la construcción de los Centros Penitenciarios de Soto del Real (Madrid), de Alhaurín de la Torre (Málaga) y Zuera (Zaragoza); la construcción de la Comisaría de Policía Nacional en Santurce (Vizcaya); la ejecución de la tercera pista del Aeropuerto de Madrid-Barajas; la ampliación de los Museos Nacionales del Prado y Reina Sofía.

5. CONCLUSIÓN

El artículo 161 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, regula un procedimiento administrativo especial para la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras promovidos por la Administración de la Comunidad de Madrid. Su singularidad se fundamenta en que tiene por objeto actuaciones que debiendo estar, en principio, sujetas a la correspondiente licencia municipal, no obstante se tramitan al margen de ella. Se trata de un

procedimiento administrativo análogo al previsto en la Disposición Adicional Décima del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo, como en su momento lo hizo el artículo 244.2 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 24 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (precepto declarado expresamente constitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo), y como antes también lo realizó el artículo 180 de la Ley del Suelo de 1976, tras la Ley de Reforma de 1975, para las obras promovidas por la Administración del Estado, procedimiento que se ha visto reiteradamente avalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y que subraya la posición de prevalencia y especialidad en que se encuentra la Administración estatal, como la autonómica, respecto de las Entidades Locales. Ello se concreta en el aspecto fundamental de que en estos procedimientos especiales, basados en la existencia de urgencia o excepcional interés de los proyectos de obras promovidos por la Comunidad de Madrid, el papel de los municipios se limita a la mera comprobación de si el proyecto es compatible o no con el planeamiento urbanístico, emitiendo el correspondiente informe a tal efecto, sin que en ningún caso puedan entrar a valorar la procedencia del proyecto en sí.

...de la zona de especial protección de las aves silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 40/2001 de 3 de abril de la Consejería de Medio Ambiente por la que se declara la iniciación del procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección de las Aves Silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 40/2001 de 3 de abril de la Consejería de Medio Ambiente...

...de la zona de especial protección de las aves silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 40/2001 de 3 de abril de la Consejería de Medio Ambiente por la que se declara la iniciación del procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección de las Aves Silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 40/2001 de 3 de abril de la Consejería de Medio Ambiente...

8. CONCLUSIÓN

El artículo 167 de la Ley 4/2001, de 17 de mayo de 2001 de la Comunidad de Madrid, regula un procedimiento administrativo especial para la declaración de grandes reservas de biodiversidad por la Administración de la Comunidad de Madrid. Se considera un procedimiento un tanto especial por el hecho de haberse establecido como un procedimiento especial, tanto a la convocatoria pública de licitación, como a la adjudicación definitiva...

SOBRE APLICACIÓN DEL ART. 2 DE LA ORDEN 40/2001 DE 3 DE ABRIL DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE POR LA QUE SE DECLARA LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE LA ZONA DE ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS AVES SILVESTRES DENOMINADA "ENCINARES DE LOS RÍOS COFIO Y ALBERCHE" AMPLIADA POSTERIORMENTE A LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ART. 2 DE LA ORDEN 40/2001 DE 3 DE ABRIL DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE POR LA QUE SE DECLARA LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE LA SIERRA DE GUADARRAMA

...de la zona de especial protección de las aves silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 40/2001 de 3 de abril de la Consejería de Medio Ambiente por la que se declara la iniciación del procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección de las Aves Silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 40/2001 de 3 de abril de la Consejería de Medio Ambiente...

INFORME

La consulta planteada por la Secretaría General Técnica a instancia de la Secretaría General de Medio Natural plantea si el art. 2 de la Orden 40/2001 es de aplicación a zonas clasificadas como reservas de biodiversidad por el gobierno de Sevilla la Nueva mediante Real Decreto de declaración de reserva natural (en la evaluación ambiental estratégica realizada por la Dirección 207/4282, de 17...

SOBRE APLICACIÓN DEL ART. 2 DE LA ORDEN 903/2001 DE 5 DE ABRIL, DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE POR LA QUE SE DECLARA LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE TRAMITACIÓN DEL PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE LA ZONA DE ESPECIAL PROTECCIÓN DE LAS AVES SILVESTRES DENOMINADA "ENCINARES DE LOS RÍOS COFIO Y ALBERCHE" AMPLIADA POSTERIORMENTE A LA POSIBLE APLICACIÓN DEL ART. 2 DE LA ORDEN 2173/2002, DE 10 DE SEPTIEMBRE MODIFICADA POR ORDEN 448/2003, 5 DE MARZO, RELATIVA AL PLAN DE ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE LA SIERRA DE GUADARRAMA

Se ha recibido en este Servicio Jurídico procedente de la Secretaría General Técnica una solicitud de informe relativa a la aplicación del art. 2 de la Orden 903/2001 de 5 de abril, de la Consejería de Medio Ambiente por la que se declara la iniciación del procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección de las Aves Silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche" ampliada posteriormente a la posible aplicación del art. 2 de la Orden 2173/2002, de 10 de septiembre modificada por Orden 448/2003, de 5 de marzo relativa al Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Sierra de Guadarrama.

Examinados los antecedentes recibidos este Servicio Jurídico emite el siguiente.

INFORME

La cuestión planteada por Secretaría General Técnica a instancia de la Dirección General de Medio Natural plantea si el art. 2 de la Orden 903/2001 es de aplicación a suelos clasificados como urbanizables sectorizados por el planeamiento de Sevilla la Nueva habiendo sido sometido a evaluación de impacto ambiental (no la evaluación ambiental estratégica establecida por la Directiva 2001/42/CE, de 27

de junio) puesto que la totalidad del término municipal se encuentra incluida en la ZEPA "Encinares de los ríos Alberche y Cofio".

La cuestión, en definitiva, como acredita la ampliación de informe solicitada por la Dirección General de Medio Natural, plantea el problema de la relación entre los planes urbanísticos y los planes de ordenación de los recursos naturales. Esa relación se contempla en el art. 5 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre que establece:

1. *Los efectos de los Planes de ordenación de los recursos naturales tendrán el alcance que establezcan sus propias normas de aprobación.*
2. *Los Planes de ordenación de los recursos naturales a que se refiere el artículo anterior serán obligatorios y ejecutivos en las materias reguladas por la presente Ley, constituyendo sus disposiciones un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, cuyas determinaciones no podrán alterar o modificar dichas disposiciones. Los instrumentos de ordenación territorial o física existentes que resulten contradictorios con los Planes de ordenación de los recursos naturales deberán adaptarse a éstos. Entre tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de ordenación de los recursos naturales se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre los instrumentos de ordenación territorial o física existentes.*
3. *Asimismo, los citados Planes tendrán carácter indicativo respecto de cualesquiera otras actuaciones, Planes o programas sectoriales y sus determinaciones se aplicarán subsidiariamente, sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior."*

Ello implica, no solo una superioridad del planeamiento medioambiental sobre el urbanístico (reflejo de la preponderancia de los valores medioambientales sobre los de mera ordenación del territorio, como ha reconocido la jurisprudencia, así Sentencia del Tribunal Constitucional 102/95, de 26 de junio y Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989), sino el que el planeamiento urbanístico ha de adaptarse a lo establecido en el planeamiento medioambiental.

Así lo establece el Auto del Tribunal Supremo citado, la sentencia de 25 de febrero de 2000 de dicha Sala y las sentencias de 21 de enero de 2000 del TSJ del País Vasco y de 23 de junio de 2000 de TSJ de Cantabria.

Ello permite que incluso los PORN puedan actuar sobre suelo clasificado como urbano o urbanizable señalando la sentencia de 1 de junio de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que "La inaplicabilidad al PORN de la Ley 7/1990 nos permite afirmar que es por

completo viable que afecte a suelos clasificados como urbanos y urbanizables, reduciendo o eliminando los aprovechamientos reconocidos con anterioridad en los planes urbanísticos. Es cierto que la Ley 7/1990 no lo consiente para los Planes de Ordenación del Medio Natural (artículo 30.4), pero, tratándose como se trata de un PORN, figura distinta a la otra por las razones que han quedado expuestas, es innegable que lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Ley 4/1989 despliega todos sus efectos. En dicho precepto, cuya condición de norma básica ha sido expresamente confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995 (fundamento jurídico 13), se dice que las disposiciones de los PORN constituyen un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o física, debiendo los que sean contradictorios con ellos adaptarse a los mismos, prevaleciendo entre tanto las determinaciones de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales. Ello quiere decir, sin ningún género de duda, que un PORN puede reducir o suprimir aprovechamientos previamente conferidos en los planes urbanísticos."

Ello supone que, al poder un PORN modificar la clasificación de un suelo, consecuencia de su prevalencia sobre el ordenamiento urbanístico, en la elaboración de los mismos no se encuentra el planificador ambiental sujeto a las determinaciones del planeamiento urbanístico por mas que ambos tipos de planes sea aprobados por la misma Administración. Lógicamente y como señala la misma sentencia (FF.JJ. 21º y 22º) ello podría implicar la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Comunidad de Madrid puesto que nos encontramos ante un planeamiento informado ambientalmente y aprobado por la propia Comunidad.

Para asegurar la prevalencia del planeamiento ambiental el art. 7 de la Ley 4/89 establece que:

1. *Durante la tramitación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales no podrán realizarse actos que supongan una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de dicho Plan.*
2. *Iniciado el procedimiento de aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y hasta que ésta se produzca no podrá otorgarse ninguna autorización, licencia o concesión que habilite para la realización de actos de transformación de la realidad física y biológica, sin informe favorable de la Administración actuante. Este informe sólo podrá ser negativo cuando en el acto pretendido concurre alguna de las circunstancias a que se refiere el número anterior.*
3. *El informe a que se refiere el apartado anterior deberá ser sustanciado por la Administración actuante en un plazo máximo de noventa*

días", precepto en el que se basa y que reproduce literalmente la Orden 903/2001, objeto del presente informe. Tal y como ha señalado la jurisprudencia menor que ha analizado este tipo de Ordenes, así sentencias del Tribunal Superior de Galicia de 29 de octubre de 2003 y 28 de abril de 2004 se trata de un control preventivo de los actos de transformación de la realidad física y biológica, indicando la citada sentencia de 2003 que "... el artículo 2 de la Orden de 7 de junio de 2001 (LG 2001, 209), permite que se continúen llevando a cabo de manera ordenada los usos y actividades tradicionales, y lo único que sucede es que cualquier otra actividad requerirá informe preceptivo y vinculante de la Consellería de Medio Ambiente y si se prevé que puedan derivarse efectos negativos de las acciones que vayan a realizarse, dicha Consellería podrá exigir un informe de evaluación ambiental de las mismas para evitar el deterioro de los valores que determinaron la inclusión de dichos espacios en el Registro General. En definitiva, se trata de conseguir la compatibilidad entre el desarrollo sostenible y la protección de los hábitats y taxones que dan valor a los espacios."

En el caso de Sevilla la Nueva su planeamiento urbanístico ya fue objeto de evaluación ambiental para determinar su compatibilidad con la protección de la ZEPA en la que se encuentra enclavado dicho municipio pero ello no exonera de la realización del informe que prevé la Orden por cuanto se trata de un informe distinto, la evaluación ambiental se limitó a analizar el planeamiento territorial en elaboración determinando sus consecuencias medioambientales y proponiendo medidas que redujesen los impactos negativos del mismo dentro de lo que es el concepto de la evaluación ambiental mientras que el informe previsto en el art. 7 Ley 4/89 es un informe que debe determinar la compatibilidad entre la actuación que se pretende realizar y el PORN que se está elaborando. Puede ocurrir que en el PORN se prevea adoptar medidas adicionales de protección que no se tuvieron en cuenta en la elaboración de la evaluación ambiental y que pueden conllevar el cambio de clasificación de terrenos y la necesidad de adaptar el planeamiento urbanístico. En suma se trata de aspectos que exigen la comparación de la actuación con los objetivos del PORN en elaboración y a los que no se puede dar una respuesta apriorística.

Además debe tenerse en cuenta que los valores medioambientales a proteger son cambiantes, de tal forma que en el presente momento pueden exigirse actuaciones de protección que no se consideraban necesarias a la hora de realizarse la evaluación ambiental o a la inversa.

En cualquier caso es obvio que la evaluación ambiental (dado además su carácter exhaustivo en el análisis de la interacción del creci-

miento urbanístico y la preservación de los valores protegidos por la ZEPA) será un elemento esencial para la realización del informe previsto en la Orden, debiendo tenerse presente que, como indica tanto la Ley 4/89 como la Orden 903/2001, el informe sólo podrá ser negativo cuando se trate de "... actos que supongan una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de dicho Plan", con lo cual queda claro que ha de adoptarse un criterio restrictivo en la interpretación de los actos que permiten emitir un informe negativo, debiendo ponderarse igualmente la posible exigencia de responsabilidad patrimonial a la Comunidad de Madrid como consecuencia de informes negativos que afectasen a aprovechamientos urbanísticos patrimonializables.

En cualquier caso y redundando en la imposibilidad de establecer una solución abstracta que fije el carácter del informe para todos los supuestos debe tenerse presente que en algún PORN aprobado por la Comunidad de Madrid como es el caso del Decreto 26/99, de 11 de febrero, por el que se aprobó el PORN para el curso medio del río Guadarrama y su entorno, se limitó sus determinaciones al suelo no urbanizable dejando al planeamiento las decisiones que afecten al suelo urbanizable o apto para urbanizar. Ello ha dado lugar a que la sentencia de 21 de febrero de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid declare nulo el citado Decreto en cuanto a la inclusión de una finca clasificada por las Normas Subsidiarias de Torrelozón (tras una serie de vicisitudes en la aprobación de las mismas que no vienen al caso) como suelo urbanizable. La Sala entiende que, "Así las cosas, el Acuerdo impugnado viene a excepcionar la prevalencia que el artículo 5.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo atribuye con carácter general a las determinaciones de los PORN sobre las contenidas en los restantes instrumentos de ordenación urbanística del territorio, incluidas lógicamente las normas de planeamiento urbanístico municipal, impidiendo, en consecuencia, que la finca propiedad de los recurrentes, clasificada como suelo urbanizable, sea incluida en el ámbito del Plan de Ordenación recurrido, inclusión que tiene su explicación si se tiene en cuenta que los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la clasificación del suelo, desde el punto de vista que aquí nos ocupa, no habrán tenido la correspondiente traducción a la cartografía del planeamiento que es la documentación normalmente utilizada por los equipos redactores para elaborar esta clase de instrumentos de ordenación de recursos naturales."

Si los PORN en elaboración siguen este modelo es evidente que no se plantearía el problema objeto de este informe ya que los suelos clasificados como urbanizable sectorizado (en el urbanizable no sectorizado existirían más dudas en cuanto a que un PORN, por más que quisiera tener un perfil bajo, pudiera excluirles de su ámbito de

aplicación toda vez que, tras la Ley 6/98, de 13 de abril, de régimen del suelo y valoraciones, se trata de la categoría residual de suelo —art. 10 Ley 6/98— y art. 15 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid) quedarían fuera del ámbito de aplicación del PORN y por ello sería improbable que actuaciones en el mismo dificultasen gravemente la aplicación de dicho Plan.

En cualquier caso ello no exoneraría de la emisión del informe por cuanto la única excepción sería la recogida expresamente en la Orden 2173/2002 modificada por la Orden 448/2003 relativa a la Sierra de Guadarrama en la que se excluyen los suelos clasificados como urbano, ya sea consolidado o no consolidado.

En virtud de lo expuesto podremos extraer las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. Los PORN tienen primacía sobre el planeamiento urbanístico al poder contener disposiciones contrarias a dicho planeamiento pudiendo exigir la modificación de éste último.

SEGUNDA. Por tanto las evaluaciones de impacto ambiental que pudieran haberse llevado a cabo respecto dicho planeamiento no vinculan a la Comunidad de Madrid a la hora de elaborar los PORN sin perjuicio de la posible responsabilidad patrimonial de la misma para el caso de que se disminuyan aprovechamientos previamente conferidos por el planeamiento urbanístico. No obstante es evidente que al realizar el informe que prevé el art. 7 de la Ley 4/89 se deberá tener en cuenta tanto el PORN que se este elaborando como las recomendaciones de la evaluación de impacto. La única excepción a la realización de dicho informe es la que establece la Orden 2173/2002 relativa a los suelos urbanos en el ámbito del PORN de la Sierra de Guadarrama.

TERCERA. En cualquier caso los informes sobre la compatibilidad de actos de transformación de la realidad física que puedan afectar al PORN solo podrán ser negativos cuando hagan imposible o dificulten de forma importante los objetivos de dicho Plan, expresión legal que impone una interpretación restrictiva de los supuestos en que se puede emitir dicho informe en sentido desfavorable.

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 ACTUACIONES QUE DEBEN REALIZARSE RESPECTO DE X, EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO DE SUS PRESTACIONES COMO CONSECUENCIA DEL CONTRATO DE GESTIÓN INTERESADA CELEBRADO POR EL IVIMA CON DIVERSAS COOPERATIVAS

La Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid ha examinado la consulta de V.I. sobre las actuaciones que deban realizarse respecto de "X", C.B. en relación con el incumplimiento de sus prestaciones como consecuencia del Contrato de Gestión interesada, celebrado por el Instituto de la Vivienda de la Comunidad De Madrid con diversas cooperativas el 25 de Mayo de 1995. En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, tiene el honor de informar:

ANTECEDENTES

- 1º. Con fecha 25 de mayo de 1995 la Comunidad de Madrid (IVIMA), formalizó contrato de **Gestión Interesada** con diversas cooperativas de jóvenes agrupadas en la comunidad de bienes "X". A través de dicho contrato el IVIMA se comprometía a la cesión en régimen de arrendamiento, con derecho a subarriendo, de diferentes locales de negocio pertenecientes al inmueble COLONIA "Y", mediante el abono de la renta a calcular conforme a la estipulación 4ª apartado 2º del citado Contrato.
- 2º. Durante un período de tiempo el IVIMA no facturó rentas por los locales respecto de los cuales "X" tampoco informó acerca del subarriendo. La Comunidad de Madrid realizó diferentes **requerimientos** de pago; así en fecha 10 de marzo de 1999; en fecha 2 de abril de 2001 y en fecha 24 de marzo de 2006.
- 3º. De conformidad con la estipulación sexta del Contrato su vigencia se extinguiría a los 10 años. Con fecha 6 de mayo de 2005 se notificó a "X", C.B. extinción de dicho Contrato ocurrida el 25 de mayo 2005 requiriéndole asimismo el pago de las cantidades pendientes.

4º. Con fecha 3 de febrero de 2006 se notificó a "X", C.B. escrito en virtud del cual se le requería para que aportaran la documentación que consideraran conveniente a fin de oponerse a los datos que obraban en el IVIMA, en razón de los cuales se había realizado la correspondiente facturación, para el caso de que no estuviesen conformes con la misma; requerimiento ante el cual "X", C.B. no efectuó manifestación alguna.

Con fecha 16 de febrero de 2007 las cantidades adeudadas por "X", C.B. ascienden 1.850.370,76 euros (UN MILLÓN OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA CON SETENTAS Y SEIS EUROS).

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1º. El Contrato objeto del presente informe es un Contrato Administrativo. A la vista del mismo y de sus cláusulas debe concluirse PRIMERO: Que se trata de un negocio Jurídico complejo, en el que sin embargo se da lo que la doctrina denomina "unidad de causa", así existen prestaciones propias del arrendamiento, mandato..., con una *causa* común que es la prestación de un servicio público; y SEGUNDO: Que se trata de un Contrato Administrativo.

El Contrato se califica a sí mismo como un **Contrato de Gestión Interesada**; que, como es sabido, una de las formas clásicas de gestión de Servicios Públicos que están recogidas en la Legislación sobre Contratos Administrativos, desde la Ley de Contratos Civiles del Estado de 1965, hasta la vigente de nuestros días Real Decreto Legislativo 2/2000; Igualmente se conoce que en el Derecho Administrativo la calificación que las partes otorguen al Contrato no sirven para alterar su Naturaleza Jurídica; esto no obstante, si debe reconocerse que es un elemento importante para su interpretación.

La Naturaleza de un Contrato celebrado por la Administración Pública debe determinarse en consideración a su objeto y **finalidad**.

Así por ejemplo el **arrendamiento** de un local para la prestación de un Servicio Público que implique la cesión del Dominio Público (del local) para la prestación de un servicio establecido por la Administración Contratante es un Contrato Administrativo. (DCE 3666/96, de 13 febrero de 1997).

Reiterada Jurisprudencia entre otras las Sentencias de 11 de mayo de 1982, de 17 y 24 de julio de 1989, 30 de octubre de

1990, destaca que la relación Jurídica tiene naturaleza administrativa cuando se determina por la prestación de un **Servicio Público**, entendido este concepto **en forma amplia** que abarca cualquier actividad de la Administración, necesaria para satisfacer el interés general (Sentencia de 26 de marzo de 2002).

El concepto de Contrato Administrativo se determina en la presencia en su causa de un fin público, criterio finalista que tiene especial relevancia cuando el **objeto** son bienes **destinados al Servicio Público**. (Sentencia de 4 de mayo de 1999).

Así por ejemplo la cesión de terrenos para la ejecución de las obras necesarias para la prestación de un Servicio Público tiene naturaleza Administrativa por cuanto viene determinado por dicha Prestación Pública por parte de la Administración, de manera que el objeto ó visión finalista de dicho negocio marca la diferencia con un Contrato Civil (STSJ BALEARES, de 30 de junio de 1999).

La Ley de Contratos del Estado, que sería la vigente en el momento de celebración del Contrato objeto del presente informe; y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas actual distinguen entre Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración aplicando dos reglas: Una el objeto del Contrato y otra el **giro ó tráfico propio de la Administración Contratante para satisfacer de forma directa una finalidad pública de la competencia de aquella** o por declararlo así una Ley. Así es desde la reforma de la Ley de Contratos del Estado operada por la Ley de 17 de marzo de 1973. Desde dicha reforma se produjo el fenómeno de expansión del carácter administrativo de los contratos de la Administración a partir de los denominados "*Contratos Especiales*" que, si bien no eran administrativos por razón del objeto, **pueden serlo en atención a su finalidad** (Sentencias de 24 de diciembre de 1985; 8 de marzo y 19 de mayo de 1986).

De esta manera, han sido calificados de contratos administrativos contratos tradicionalmente calificados por el objeto como civiles; Así por ejemplo la compraventa de bienes inmuebles, tiene su régimen jurídico en los Artículos 1445 y siguientes del Código Civil, lo que no es óbice para calificarlo como un Contrato Administrativo cuando esté ligada al desenvolvimiento de un Servicio Público. En este sentido sentencias de 15 y 21 de junio de 1976; 12 de noviembre de 1980; 27 de septiembre de 1983; 12 de abril de 1984; 9 de junio de 1994, entre otras muchas.

En análogo sentido se manifiesta el Consejo de Estado en sus dictámenes 266, de 9 de marzo de 1995; 1100 de 11 de octubre de 1995 y 2641, 2642, 2643 de 14 de diciembre de 1995.

En consecuencia cuando la causa del vínculo contractual esté ligada al desenvolvimiento regular de un Servicio Público, ó cuando su objeto haga precisa la tutela del Interés Público, como es la prestación de un servicio de interés general como el presente cual es la promoción de viviendas de Protección Pública, (que entra dentro de los fines propios del IVIMA, entre los que está la promoción de viviendas, con especial referencia a las de Protección Pública —art. 1.2 de la Ley 1/1993, de 14 de enero, de reordenación de funciones y organización del IVIMA), el Contrato tendrá naturaleza Administrativa. En este sentido además se expresa el dictamen del Consejo de Estado 243 de 23 de julio de 1998.

El pliego de Condiciones Administrativas califica la cesión de gestión y el arrendamiento como un Contrato Administrativo en atención a que se destina a un fin Público, con ello se introduce la Finalidad Pública como un elemento esencial del mismo, en estos términos se expresa la Sentencia de 13 de julio de 1987 (En el caso litigioso los terrenos objeto del Derecho de Superficie se destinarían a la construcción de un Complejo de edificios y locales de uso dotacional cultural, dedicados a enseñanza, investigación y otras actividades similares, así como aquellas otras que fueran complementarias para dar el servicio).

Cuando en el Contrato están presentes las ideas de Poder Público, cláusulas exorbitantes y las que garanticen el regular funcionamiento de un Servicio Público en el que cumple una función medial o instrumental el Contrato, este debe calificarse de administrativo (DFE 378, de 20 de mayo de 1993).

Tendrán carácter Administrativo los Contratos de contenido Patrimonial directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un Servicio Público así por ejemplo Compraventas, Arrendamientos, Permutas, que tengan por objeto la Promoción de Viviendas Públicas competencia de la Administración Contratante. En este sentido sentencia de 18 de marzo de 2002. La doctrina anterior es perfectamente aplicable al contrato celebrado teniendo en cuenta los siguientes antecedentes:

- Con fecha 9 de diciembre de 1990, la Asamblea de Madrid aprobó el Plan de Vivienda Joven. Entre los objetivos generales del Plan de Vivienda Joven se fijaban entre otros la promoción de viviendas.
- Con fecha 9 de febrero de 1990, los Consejeros de Política Territorial y de Educación de la Comunidad de Madrid, suscribieron un Convenio de Colaboración para llevar adelante el Plan de Vivienda Joven.

Para alcanzar sus objetivos se contemplaban varias vías, entre otras la ejecución por el IVIMA de promociones de viviendas para jóvenes, en régimen de alquiler, así como la promoción y estímulo de cooperativas juveniles de viviendas.

- En cumplimiento del mencionado Plan el IVIMA programó la construcción del inmueble en cuestión.
- En cumplimiento de los compromisos contraídos por las Consejerías de Educación y Política Territorial con las Cooperativas de Jóvenes, se cedió, por el Contrato referido, la administración de las viviendas y demás elementos del inmueble (Estipulación primera).
- La competencia para adjudicar las viviendas corresponde a la Dirección General de la Vivienda (Estipulación segunda). Las condiciones exigibles a los adjudicatarios han sido supervisadas por la Dirección General de la Vivienda. (Estipulación segunda punto cuatro).
- El modelo de contrato a suscribir con los cooperativistas será el determinado por el IVIMA (Estipulación dos punto nueve).
- La gestión de los arrendamientos, cobro de rentas, prórrogas, etc., corresponden en su fase de propuesta a las cooperativas; La resolución definitiva corresponderá a la Dirección General de la Vivienda.
- Los gastos de mantenimiento y reparación de las viviendas, serán a cuenta de las cooperativas que las SUFRAGARÁN CON LOS INGRESOS DERIVADOS DE LA EXPLOTACIÓN COMERCIAL DE LOS ELEMENTOS DEL INMUEBLE, QUE CON ESTE CARÁCTER SE CEDEN. (Estipulación tercera punto tres).
- El IVIMA cede en arrendamiento con autorización de subarriendo y para su explotación comercial, todos aquellos elementos del inmueble que no sean vivienda, con la finalidad de que las cooperativas atiendan al objeto expresado en sus Estatutos de dedicar fundamentalmente a espacios de relación, servicios comunitarios y actividades del mundo cooperativo y juvenil, los locales comerciales y espacios no residenciales de uso terciario.
- Cuando alguno de los locales haya de cederse a algún Órgano o Institución Pública de la Comunidad de Madrid, será el IVIMA quien contrate las condiciones en las que se hará la cesión del uso. (Estipulación cuarta dos punto cuatro).

No cabe duda de que en el contrato están muy presentes las ideas de poder público, cláusulas exorbitantes, fines de interés general...

Por lo demás la propia cláusula décima establece que el Contrato tiene **naturaleza Administrativa** y las cuestiones litigiosas surgidas sobre su interpretación, modificación y **EFFECTOS**, serán resueltas por el Instituto contra cuyos acuerdos una vez agotada la vía Administrativa, cabrá recurso Contencioso-Administrativo.

A todo lo anterior se acomoda el Contrato con "X", C.B. así aunque en un principio el Contrato pudiera ser considerado como un Contrato Privado por ser de contenido Patrimonial y hacer referencia al arrendamiento, subarriendo ó cesión, dicho criterio debe ser revisado conforme a la doctrina expuesta.

En suma debe calificarse como un Contrato Administrativo.

2º. En cuanto al procedimiento para reclamar las cantidades dejadas de ingresar por la Administración como consecuencia del **INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL** de "X", C.B. es criterio de este Servicio Jurídico que se está ante una cuestión Administrativa, y que la extinción del Contrato, que se produjo por la expiración del término de diez años, no acarrea necesariamente la pérdida de las facultades que ostenta la Administración Contratante para, en el correspondiente expediente Administrativo, resolver las incidencias derivadas del propio Contrato como permite la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas, y determina expresamente la última cláusula del mismo (lo que generaría el acto previo necesario en su caso para reclamar en la vía contencioso-administrativa).

Esta solución creemos que se puede amparar entre otros en el art. 136 del Reglamento de Contratos del Estado (vigente al tiempo de celebración del Contrato y equivalente al actual art. 97 del RCAP). Lo normal será que esta facultad se ejercite durante la ejecución del Contrato, pero también resulta admisible que lo haga después de ejecutado; Cuando lo que se pretende es resolver una incidencia planteada en la ejecución de dicho Contrato (como es el caso que se plantea cuando se trata de valorar si el Contrato se ha ejecutado correctamente ó no).

En esta misma línea el art. 219 de la Ley de Contratos con las Administraciones Públicas, faculta a la Administración para hasta diez años después de la recepción de un proyecto de obras exigir al consultor los daños y perjuicios a través del expediente administrativo.

Dice García de Enterría que los Contratos Administrativos no son susceptibles de ejecución en vía administrativa pero sí los actos de aplicación de los mismos.

En cuanto a la competencia administrativa para tramitar dicho expediente, se considera que corresponde al Órgano de Contratación. (En este sentido se expresa el informe de la Abogacía del Estado DSJE de 22 de mayo de 2003).

Por lo Demás, la obligación de "X", C.B. generada como consecuencia del contrato administrativo, debe ser calificada como una obligación de Derecho público, que genera para La Comunidad de Madrid un ingreso también de esa naturaleza; Dice FERRERO que son ingresos de derecho público los que se regulan por normas de esa naturaleza, como en este caso; los que percibe la Administración no como un particular (a diferencia de los ingresos de derecho privado) así se deduce además del art. 5 LGP, que debe ser interpretado conjuntamente con el art. 23 de la ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, ley 8/90; y de la STS de 27 de Enero de 2003 en la que se establece que **las acciones derivadas de un Contrato Administrativo generan en su caso una obligación de Derecho Público.**

Visto lo anterior, el art. 28.1 de la Ley 8/90 establece que para el cobro de las cuantías que como ingreso de Derecho Público debe percibir, La Hacienda de La Comunidad de Madrid [...] actuará en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes. El art. 29.3 por su parte: "el procedimiento de apremio sólo será utilizado para el cobro de las deudas correspondientes a tributos y demás ingresos de derecho público".

El procedimiento administrativo de recaudación está regulado en los arts. 163 y ss. de la LGT que se aplica a la Administración de la Comunidad de Madrid en virtud de lo dispuesto en el art. 1.1 de la misma en virtud de lo dispuesto ene. art. 149.1.1ª, 8ª, 14ª y 18ª de la Constitución; y los correlativos del RGR RD 939/2005. Como consecuencia, la Administración debe dirigir, si no lo ha hecho ya, a "X", C.B. correspondiente requerimiento de pago con los requisitos de los arts. 92 y siguientes de la Ley 30/1992; Conceder un plazo para realizar alegaciones y una vez transcurrido teniendo en cuenta los arts. 56 y 57 de la expresada norma proceder en su caso a la ejecución de dicho acto, como manifestación del principio de Autotutela que corresponde a la Administración, según el art. 97 de la Ley 30/92. Iniciará en su caso el correspondiente procedimiento de apremio (Dentro del cual cabe el embargo de bienes y que tiene la ventaja de que una vez iniciado no se suspende si no en los casos previstos en la Ley;)

La ejecución de los Actos Administrativos por lo demás no requiere que éstos sean firmes como consecuencia de la presunción de validez y ejecutividad de los mismos que preconizan los arts. 56 y 57 mencionados. Esto no obstante en vía económica administrativa rige lo dispuesto en el art. 28.5 de la Ley 8/1990 según el cual una vez concluida la vía administrativa, los órganos de recaudación no iniciarán las actuaciones del procedimiento de apremio para los ingresos de derecho público no tributarios mientras no concluya el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo.

Debe recordarse igualmente que para el cobro de las cuantías que como ingreso de Derecho público deba percibir la Comunidad de Madrid, ostentará las prerrogativas establecidas legalmente; con lo que deben valorarse los arts. 77 y ss. de la LGT, a los que debe entenderse hecha la remisión del art. 28.3 de la Ley de Hacienda de La Comunidad de Madrid; así mismo se deduce del art. 36 del EA art.12 de La propia ley de Hacienda y art. 1.2 de la LOFCA. Y en todo caso el art. 16 de la Ley de Administración Institucional de La Comunidad de Madrid ley 1/1984 de 19 de Enero.

En todo caso debe valorarse igualmente la posibilidad de ejecutar las garantías previstas en el Contrato; Aval bancario y contrato de seguro.

Respecto a los intereses de demora se estará a lo dispuesto en el art. 17 de la LGP. En el ámbito de la comunidad de Madrid 32 de su ley de Hacienda.

3º. Dado que han transcurrido unos años desde que se celebró el Contrato, debe examinarse la cuestión de si ha prescrito la acción Administrativa para hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento.

Ninguna norma regula específicamente el plazo de prescripción de las acciones nacidas de los Contratos Administrativos.

Para suplir esta laguna legal puede acudir al plazo general establecido en el Código Civil para las acciones personales, art. 1965, 1966 (Responsabilidad por incumplimiento Contractual); ó al plazo de cuatro años del art. 15 de la Ley General Presupuestaria para el reconocimiento de créditos a favor de la Hacienda Pública. En el ámbito de la Comunidad de Madrid el art. 36 de su Ley de Hacienda de 8 de Noviembre de 1990.

Examinada la Jurisprudencia y la doctrina (por todos GARCÍA DE ENTERRÍA), es nuestra opinión que el plazo aplicable a las acciones nacidas del Contrato Administrativo es el de la Ley

General Presupuestaria, que se aplica como Ley Especial frente al Código Civil.

Ejemplo de esta solución se encuentra en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003, citada, en la que se establece que **las acciones derivadas de un Contrato Administrativo generan en su caso una obligación de Derecho Público, y que por tanto le son de aplicación las reglas de prescripción de la Ley General Presupuestaria.**

A juicio de este Servicio Jurídico se debe razonar, como se ha hecho, que el derecho a favor de la Comunidad de Madrid que se genera como consecuencia del incumplimiento de la obligación de prestación económica de un Contrato Administrativo, como es el presente supuesto, es un derecho de ingreso público porque tiene su origen en una relación jurídica regulada por normas de esa naturaleza. Así se deduce del art. 23 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid, Ley 9/1990, del art. 5 de la Ley General Presupuestaria que debe interpretarse conjuntamente.

A estos efectos debe tenerse en cuenta: PRIMERO que el plazo inicial debe computarse desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, según la regla general de nuestro Derecho, conforme al art. 1969 del Código Civil. SEGUNDO que en todo caso los plazos de prescripción deben calificarse, vistos los sucesivos requerimientos de pago, conforme a los art. 66 y siguientes de la Ley General Tributaria a los que se remite el art. 36.2 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid.

CONCLUSIONES

- 1º. Nos encontramos ante un Contrato Administrativo.
- 2º. Como consecuencia de lo anterior la Administración tiene una serie de privilegios que se recogen en la Legislación de Contratos con las Administraciones Públicas, como el ejercicio del *ius variandi*, muy singularmente la facultad de resolver las cuestiones sobre la interpretación, modificación y efectos del Contrato.
- 3º. Dicha prerrogativas no decaen por la extinción del Contrato por plazo cuando se trata de valorar la correcta ejecución ó no del mismo.
- 4º. La Administración puede dictar un acto administrativo en aplicación del Contrato requiriendo el pago. Dicho acto deberá reunir los requisitos de los arts. 93 y siguientes de la Ley 30/92: Dictar una resolución que sirva de fundamento a la actuación

de ejecución material, notificación al interesado y previo apercibimiento de la ejecución forzosa conforme al art. 95.

Conforme al art. 97 si en virtud del Acto Administrativo hubiera de satisfacerse cantidad líquida se seguirá el procedimiento previsto en las normas reguladoras del procedimiento recaudatorio en vía ejecutiva; art. 163 y siguientes de la LGT, 70 y siguientes del Real Decreto 939/2005 de 29 de junio, Reglamento General de Recaudación.

Contra los actos de la Administración que dicten esta materia cabrá en su caso recurso administrativo (económico-administrativo) y una vez agotada la vía administrativa, recurso contencioso-administrativo.

- 5º. El derecho a ingreso que se genera para la Administración, es un ingreso de Derecho Público conforme al art. 5 de la Ley General Presupuestaria, al art. 23 de la Ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid y al art. 28 de la misma; con lo que tiene reconocidos privilegios especiales y un plazo de prescripción de cuatro años conforme al art. 10 y 15 LGP y en el ámbito de la Comunidad de Madrid 36 y 58 del estatuto de autonomía, 2.3 LOFCA 12 y 28 29 30 ley de Hacienda de la Comunidad de Madrid 16 LAICM, que debe valorarse su interrupción con los sucesivos requerimientos de pago.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante usted decidirá.

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Luis S. Moll Fernández-Figares

SOBRE POSIBILIDAD DE ASUMIR EN MATERIA DE ASOCIACIONES, LA COMPETENCIA DE DECLARACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA UTILIDAD PÚBLICA POR LA COMUNIDAD DE MADRID DE LAS ASOCIACIONES INSCRITAS EN EL REGISTRO DE LA COMUNIDAD DE MADRID Y QUE TENGAN SEDE EN SU TERRITORIO

Se ha recibido en este Servicio Jurídico petición de informe relativo a la posibilidad de asumir en materia de asociaciones, la competencia de declaración y revocación de la utilidad pública por la Comunidad de Madrid de las Asociaciones inscritas en el Registro de la Comunidad de Madrid y que tengan sede en su territorio.

A la vista de la referida consulta, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, tiene el honor de emitir el siguiente

INFORME

I

De conformidad con lo establecido en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid: *"Artículo 28. 1. Corresponde a la Comunidad de Madrid la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias: 1.4. Asociaciones"*.

De este modo, la competencia que ostenta la Comunidad de Madrid en materia de asociaciones es exclusivamente ejecutiva. La facultad de ejecución constituye una facultad no normativa y donde solo pueden comprenderse, en algunos supuestos los reglamentos y la emisión de actos administrativos. Sobre el alcance la función ejecutiva, recuerda el Tribunal Constitucional en la STC núm. 21/1999 (Pleno), de 25 febrero, citando otras que *"comprende la función de administrar, así como, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios..."* (SSTC 18/1982, 5º; 35/1982, 2º; 39/1982, fundamento jurídico 8º). *En resumen, como es bien sabido, las competencias referidas a la legislación son normativas...; y las competencias*

ejecutivas son por regla general aplicativas, llevando a la práctica lo establecido por las disposiciones normativas» (STC 196/1997, fundamento jurídico 7º).

Como señala Fernández Farreres (La contribución del Tribunal Constitucional al Estado Autonómico, ed. Iustel, 2005, p. 233), *"las competencias autonómicas, en aquellos ámbitos materiales en los que queda reservada al Estado la legislación, se concretan en las actividades típicamente ejecutivas —caracterizadas precisamente por la nota tradicional de ausencia de innovación normativa (STC 100/1991)— y en los reglamentos de organización, de efectos exclusivamente ad intra."*

II

La materia sobre la que ostenta la Comunidad de Madrid competencias ejecutivas es la relativa a asociaciones, por ello, como señala la STC 133/2006, de 27 de abril, *"parece oportuno recordar sucintamente el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias en materia de asociaciones. Al respecto, interesa tener presente que dichas competencias se ejercen en relación con una materia cuyo núcleo lo constituye el derecho fundamental proclamado en el art. 22 CE, sujeto a la reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 CE. En torno a dicha reserva, este Tribunal ha afirmado que «debe considerarse reservado a la ley orgánica ex art. 81.1 CE la regulación de "los elementos esenciales de la definición" del derecho de asociación o, en otras palabras, la delimitación de "los aspectos esenciales del contenido del derecho" en lo tocante a la titularidad, a las facultades elementales que lo integran en sus varias vertientes (STC 101/1991 F. 2), al alcance del mismo en las relaciones inter privados, a las garantías fundamentales necesarias para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos y, muy especialmente, dada su naturaleza de derecho de libertad, corresponde en exclusiva al legislador orgánico la precisión de los límites que, en atención a otros derechos y libertades constitucionalmente reconocidos y respetando siempre el contenido esencial, puedan establecerse para determinar las asociaciones constitucionalmente proscritas —es decir, las ilegales, secretas y de carácter paramilitar—, así como los límites en relación al derecho de asociarse de determinados grupos de personas —militares, jueces, etc.—, o en relación a la libertad de no asociarse» (STC 173/1998, de 23 de julio. F. 8)."*

Por otra parte, la materia "asociaciones" no figura como título específico en ninguno de los apartados de los artículos 148 y 149 CE, y sólo se contemplan formalmente en los distintos Estatutos de

Autonomía, a efectos de determinación de un título competencial expreso, existiendo dos tipos diferentes de competencias autonómicas en la materia:

1º. Aquellas Comunidades Autónomas que ostentan competencia exclusiva sobre determinadas asociaciones, como sucede con Cataluña, cuyo artículo 9.24 del Estatuto de Autonomía en la redacción previa a la modificación operada por Ley Orgánica 6/2006 ya le atribuía competencia exclusiva sobre "Fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico-asistencial y similares, que desarrollen principalmente sus funciones en Cataluña" y que tras la citada Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, que modifica dicho Estatuto, aún contempla esta competencia exclusiva de forma más amplia, señalando el artículo 118 que *"1. Corresponde a la Generalitat respetando las condiciones básicas establecidas por el Estado para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho y la reserva de Ley orgánica, la competencia exclusiva sobre el régimen jurídico de las asociaciones que desarrollen mayoritariamente sus funciones en Cataluña. Esta competencia incluye en todo caso:*

- a. *La regulación de las modalidades de asociación, de su denominación, las finalidades, los requisitos de constitución, modificación, extinción y liquidación, el contenido de los estatutos, los órganos de gobierno, los derechos y deberes de los asociados, las obligaciones de las asociaciones y las asociaciones de carácter especial.*
- b. *La determinación y el régimen de aplicación de los beneficios fiscales de las asociaciones establecidos en la normativa tributaria, así como la declaración de utilidad pública, el contenido y los requisitos para su obtención.*
- c. *El registro de asociaciones."*

También otras Comunidades Autónomas ostentan competencia exclusiva sobre determinadas asociaciones, como País Vasco, Comunidad Valenciana o la Comunidad Foral de Navarra.

2º. Las Comunidades Autónomas que ostentan sólo competencia ejecutiva de la legislación estatal en la materia, como es el caso de la Comunidad de Madrid, competencia ejecutiva cuya interpretación ha de hacerse en el sentido antes expuesto.

Ciertamente, aun en el caso de Comunidades Autónoma que ostentan competencia autonómica exclusiva sobre asociaciones, las mismas no puede abstraerse de la normativa de carácter orgánico dictada por el Estado en desarrollo del artículo 22 CE

en relación con el artículo 149.1 CE. En este sentido señaló la STC 173/1998, de 23 de julio que «cuando un Estatuto de Autonomía atribuye a una Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre un determinado tipo de asociaciones, no sólo le habilita para regular los aspectos administrativos de esas instituciones, es decir, sus relaciones de fomento, policía y sanción con los poderes públicos, sino también el régimen jurídico de las mismas tanto en su vertiente externa, es decir, la relativa a su participación en el tráfico jurídico—constitución, adquisición de personalidad jurídica, capacidad jurídica y de obrar, régimen de responsabilidad, extinción y disolución—, como en su vertiente interna—organización, funcionamiento interno y derechos y deberes de los asociados—» (F. 5), añadiendo que «que la Comunidad Autónoma, al regular el régimen jurídico de las asociaciones sometidas a su competencia, no puede entrar a regular el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho fundamental de asociación. éste es un ámbito reservado al Estado ex art. 81.1 CE y las normas que las Cortes Generales pueden dictar en su ejercicio constituyen un prius del que necesariamente debe partir la Comunidad Autónoma al regular, no el derecho de asociación en cuanto tal, sino el régimen de las asociaciones que surgen del ejercicio de ese derecho» y que «en las asociaciones objeto de la competencia autonómica existen elementos de muy diversa índole, civiles, administrativos, procesales, fiscales e incluso penales, sobre los que el Estado tiene títulos competenciales que deben hacerse compatibles con el título exclusivo atribuido a la Comunidad Autónoma».

III

La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA), regula en los artículos 32 a 36 el régimen relativo a las asociaciones de utilidad pública, refiriéndose el artículo 35 en concreto al procedimiento de declaración y revocación de utilidad pública, que desarrolla el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre.

Sobre el alcance de la declaración de determinadas asociaciones como de utilidad pública y la distribución de competencias, la STS 133/2006 ha declarado lo siguiente, en su FJ 18:

“A fin de dar una adecuada respuesta a las tesis defendidas por las partes personadas en este proceso constitucional es necesario conectar

la competencia para declarar determinadas asociaciones «de utilidad pública» con los efectos que derivan de dicha declaración. Estos efectos se esbozan en el art. 33 LODA que, con la única excepción de la reserva de denominación que se consagra en la letra a), remite a la legislación sectorial el alcance de los derechos de los que gozan estas asociaciones.

Pues bien, a partir de la Ley 19/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones, más concretamente, de lo dispuesto en su art. 4, puede afirmarse que la principal consecuencia legal atribuida a la declaración de utilidad pública ha sido la de disfrutar de un régimen fiscal especial, actualmente compendiado en la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, reguladora del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 b) de esta Ley, las asociaciones declaradas de utilidad pública gozan de la consideración de entidades sin fines lucrativos, pudiendo acogerse, en los términos del art. 14, al régimen fiscal especial que la Ley 49/2002 diseña y que atañe particularmente al impuesto sobre sociedades y a los tributos locales.

Sentado esto, podemos concluir que **la posibilidad de disfrutar de los beneficios fiscales que versen sobre tributos de titularidad estatal o cuyo establecimiento corresponde al Estado representa la determinación del deber tributario de los beneficiarios y, en cuanto tal, resulta natural a su incardinación en el ámbito competencial del art. 149.1.14 CE.** Esta conclusión cuenta, por otro lado, con el respaldo de la doctrina sentada en las SSTC 176/1999, de 30 de septiembre, F. 4, y 74/2000, de 16 de marzo, F. 3, acerca de la determinación de la instancia competente para establecer beneficios fiscales.

Idéntico encuadramiento competencial merecerá la concreción del derecho reconocido en el art. 33 c) LODA, en aquellos supuestos en los que los «beneficios económicos» sean establecidos por la legislación en materia de competencia estatal, y a ello parece referirse el Abogado del Estado cuando invoca la aplicabilidad de la doctrina contenida en la STC 13/1992, de 6 de febrero, en torno a la incardinación del poder de gasto del Estado en el marco constitucional y estatutario de distribución de competencias. Obviamente, en este segundo supuesto la incidencia en la hacienda general vendrá dada no ya por la minoración de los ingresos sino por el incremento de los gastos.

Lo expuesto nos lleva a rechazar, por otro lado, la aplicabilidad de la doctrina sentada en la STC 152/1988, de 20 de julio, pues no estamos aquí ante la definición de un sistema mixto de actuaciones yuxtapuestas sobre un sector, entonces la vivienda, sobre el que el Estado carece de competencias específicas, sino ante la identificación de unos sujetos que gozarán, en virtud de una previa declaración administrativa, de un régimen tributario especial.

[...] Ello no obsta para reconocer que sobre algunos de los entes sobre los que puede recaer la declaración administrativa de utilidad pública, algunas Comunidades Autónomas, y entre ellas la de

Cataluña por mor de lo dispuesto en el art. 9.24 EAC, ostentan competencia exclusiva. Pero esta constatación no basta para concluir que se produce un vaciamiento de las competencias autonómicas habida cuenta de que en el art. 35.1 LODA, no impugnado en este proceso constitucional, se prevé que la referida declaración únicamente se llevará a cabo «previo informe favorable de las Administraciones públicas competentes en razón de los fines estatutarios y actividades de la asociación», lo que garantiza la intervención autonómica en el procedimiento estatal de declaración mediante la introducción de la figura del informe vinculante cuando sea negativo. Como hemos tenido ocasión de afirmar, esta figura representa una técnica «de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes —estatal y autonómica— que, partiendo de títulos diversos y con distinto objeto jurídico, convergen sobre un mismo espacio físico [aquí, sobre un mismo sujeto], y que están llamadas, en consecuencia, a coexistir» (STC 40/1998, de 19 de febrero, F. 38 y las resoluciones allí citadas).

Por lo demás el régimen descrito tampoco impide sino que, por el contrario, parece propiciar el que las Comunidades Autónomas con competencias plenas en la materia otorguen otros beneficios a las asociaciones de su ámbito competencial que merezcan su consideración como de «utilidad pública», cualquiera que sea la denominación utilizada.»

IV

La competencia ejecutiva de la Comunidad de Madrid en materia de asociaciones consideramos que no alcanza a la declaración de utilidad pública, pues esta declaración, prevista en el artículo 35 LODA y en el Real Decreto de desarrollo, reconoce claramente que la declaración o revocación corresponde al Ministro del Interior, de modo que la atribución de esta competencia a la Comunidad de Madrid supondría modificar el marco normativo existente, careciendo para ello de competencia exclusiva.

Así, a sensu contrario, si como señala la STC 2006/133, la declaración de utilidad pública que ostentan algunas Comunidades Autónomas sobre determinadas asociaciones deriva de su competencia exclusiva en materia de asociaciones, careciendo la Comunidad de Madrid de competencia exclusiva y ostentando meramente la función ejecutiva no se le puede traspasar la competencia relativa a la declaración de utilidad pública de las asociaciones, puesto que el traspaso supone la previa atribución de esta competencia, que no se ha producido.

A estos efectos recordemos que en relación con la naturaleza de los Reales Decretos de traspaso de servicios no son normas atributivas de

competencias; así señala la STC 132/1998 que "... los Reales Decretos de transferencia no atribuyen ni reconocen competencias sino que traspasan servicios, funciones e instituciones. No son, en consecuencia, normas determinantes del sistema constitucional de distribución de competencias, compuesto por la Constitución y los Estatutos de Autonomía, cuyas prescripciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de los Decretos de traspasos [...]. Desde esta perspectiva, pues, aunque el Real Decreto de traspaso pudiera tener cierto valor interpretativo [...], este valor interpretativo no puede en modo alguno prevalecer sobre las previsiones constitucionales y estatutarias".

Por todo ello, consideramos que en el marco normativo actual de distribución competencial entre el Estado y la Comunidad de Madrid en materia de asociaciones, a nuestro juicio, no hay cobertura suficiente para reclamar la competencia de declaración y revocación de la utilidad pública de las Asociaciones inscritas en el Registro de la Comunidad de Madrid y que tengan sede en su territorio.

Por otra parte, el artículo 35 de la LODA, relativo al procedimiento es claro, constituye la legislación del Estado a ejecutar por la Comunidad de Madrid ex art. 28.1.1.4 EA, y según la Disposición Final Primera, párrafo cuarto de la misma ley, se dicta al amparo del artículo 149.1.14 CE, es decir, no constituye uno de los denominados "requisitos mínimos indispensables" que posibilitan el ejercicio del derecho de asociación y que el legislador estatal considera como "condiciones básicas" del artículo 149.1.1 CE, y de ahí la posibilidad de que Comunidades Autónomas como Cataluña que ostentan competencia exclusiva sobre la materia puedan ser competentes para la declaración de utilidad pública de determinadas asociaciones; pero se dicta en el marco de las competencias exclusivas del Estado sobre Hacienda y deuda pública, competencia vinculada a los beneficios fiscales que se otorgan a estas asociaciones en los términos señalados anteriormente y que recoge la STC 2006/133, de modo que no puede dictar disposiciones normativas que modifiquen el procedimiento de declaración de utilidad pública y lo atribuyan a la Comunidad de Madrid, teniendo en cuenta que la normativa estatal lo atribuye al Ministro del Interior.

En su virtud, formulamos las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.- La atribución de la competencia para la declaración y revocación de la utilidad pública al Ministro del Interior, establecida en el artículo 35 de la LODA, se deriva de la competencia exclusiva del Estado establecida en el artículo 149.1.14 CE.

Segunda. La determinación de la competencia para llevar a cabo declaración o revocación de utilidad pública de una asociación, está establecida en la legislación estatal, correspondiendo a la Comunidad de Madrid la función ejecutiva en materia de asociaciones.

Tercera. Teniendo en cuenta que la Comunidad de Madrid únicamente ostenta competencias ejecutivas, y no exclusiva en materia de asociaciones, y que los reales decretos de traspaso de funciones y servicios no atribuyen competencia alguna, sería preciso una ampliación del marco competencial autonómico, bien por vía de modificación estatutaria o por ampliación competencial extraestatutaria (art. 150.1 y 2 CE) para ostentar competencia relativa a la declaración de utilidad pública de las asociaciones inscritas en el Registro de la Comunidad de Madrid y que tengan sede en su territorio.

Es todo lo que se tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá.

Este informe ha sido elaborado por la Letrada de la Comunidad de Madrid, D^a. Victoria López Torralba

SOBRE TASA RELATIVA A OBRAS E INSTALACIONES EN ZONAS DE DOMINIO PÚBLICO Y PROTECCIÓN DE LAS CARRETERAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Se ha recibido en este Servicio Jurídico una petición de informe acerca de la **tasa relativa a obras e instalaciones en zonas de dominio público y protección de las carreteras de la Comunidad de Madrid** (regulada en los artículos 150 a 154 del Decreto legislativo 1/2002, de 24 de octubre, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid). Al respecto, este Servicio Jurídico tiene el honor de informar lo siguiente.

I

La primera cuestión que V.I. planteaba en su petición de informe se refería a la exigencia a **"Telefónica de España, S.A."** de la mencionada tasa a la vista del artículo 4 de la Ley 15/1987, de 30 de julio, que regula la tributación de esa entidad empresarial.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/1987 explica que frente a los sistemas fiscales estatal y de las Comunidades Autónomas, la Compañía Telefónica Nacional de España se encontraba en igual situación que la de cualquier otra persona jurídica sujeto pasivo de las figuras tributarias que integran dichos sistemas, pero la cuestión es distinta en el ámbito tributario local, por razón de las circunstancias de pluralidad de sujetos activos exaccionadores, diversidad de Ordenanzas, multiplicidad de tipos, tarifas y sistemas de gestión, el número de conductas y acontecimientos que integran los hechos imponibles de las tasas y contribuciones especiales locales y otras que cita la Exposición de Motivos, por lo que la norma opta por la solución del cumplimiento sustitutorio de las obligaciones tributarias de carácter local por la Compañía Telefónica Nacional de España mediante el abono de una compensación anual en metálico.

En efecto, con la excepción del Impuesto sobre Bienes Inmuebles de naturaleza Rústica y Urbana, respecto del que el artículo 3 establece la sujeción sin especialidades, el artículo 4 de la Ley 15/1987 (redacción dada por la disposición adicional 8^a.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre) indica que:

«1. Por lo que se refiere a los restantes tributos de carácter local y a los precios públicos de la misma naturaleza, las deudas tributarias o contraprestaciones que por su exacción o exigencia pudieran corresponder a la Compañía Telefónica Nacional de España se sustituyen por una compensación en metálico de periodicidad anual.

2. Dicha compensación será satisfecha trimestralmente por la Compañía Telefónica Nacional de España a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, en la forma que reglamentariamente se determine, y consistirá en un 1,9 por 100 de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtenga en cada término municipal y en un 0,1 por 100 de los que obtenga en cada demarcación provincial, respectivamente».

Por otra parte, la disposición adicional tercera, apartado 2 de la misma Ley 15/1987 aclara que «Las referencias a las Diputaciones Provinciales contenidas en esta Ley, se entienden efectuadas asimismo, respecto a las Comunidades Autónomas Uniprovinciales», como es el caso, evidentemente de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Los preceptos transcritos fueron aplicados reiteradamente por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) en el sentido de entender que las tasas giradas a "Telefónica de España, S.A." por la Comunidad Autónoma de Madrid, como tributo autonómico que son, no podían ser exigidas de modo independiente e individualizado, dada su condición de Comunidad Autónoma uniprovincial, al estar compensado su pago con el que realiza la mercantil a dicha Comunidad Autónoma del 0,10 por 100 de los ingresos que aquella obtiene en el ámbito territorial de ésta. Criterio jurisprudencial plasmado, entre otras, en las Sentencias de 13 de julio de 1995, 22 de septiembre de 1995, 10 de octubre de 1995, 17 de noviembre de 1995, 27 de noviembre de 1995, 5 de diciembre de 1995 (JT 1995, 1648), 31 de enero de 1996, 21 de junio de 1996 y 26 de octubre de 1996.

Se trataba, como se puede comprobar, de una reiterada y constante jurisprudencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM al interpretar los preceptos transcritos de la Ley 15/1987, de 30 de julio. En ese sentido ha de señalarse que la naturaleza de los tributos en todos los casos es siempre la misma, al tratarse de tasas, con independencia de cuál sea su objeto. Esa línea jurisprudencial se extendió hasta el año 1996, adoptándose otro criterio a partir del año 1997, al entender que la compensación únicamente era predicable de tributos locales de ámbito provincial y no de los tributos autonómicos (Sentencia núm. 761/1997, de 25 de septiembre), y considerando que las tasas eran tributo autonómico de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, a partir de la Sentencia núm. 1062/2000, de 10 de noviembre (JUR 2001, 174815), se volvió a adoptar una postura estimatoria de las pretensiones de "Telefónica de España, S.A."¹, siendo consciente la Sala de la segunda variación de criterio en la materia, que se mantuvo en las sucesivas Sentencias dictadas a partir de esa fecha, con la única excepción de la Sentencia de la misma Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM nº 895/2002, de 16 de septiembre, que constituye una laguna entre todas ellas, y en la que no se menciona que se opere otro cambio de criterio respecto de las últimas Sentencias dictadas, ni se justifica el mismo.

En efecto, la Sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM núm. 895/2002, de 16 de septiembre (JUR 2003, 95279), desestimó del recurso contencioso-administrativo núm. 190/99, interpuesto contra la Resolución de la Junta Superior de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 14 de julio de 1998, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa núm. 311/97, formulada contra la denegación de devolución de ingresos correspondientes a la tasa por autorización de transportes por carretera y actividades auxiliares y complementarias del mismo. Ese cambio de criterio no motivado, que se lleva a cabo respecto a Sentencias del mismo órgano judicial tanto de fechas anteriores como posteriores², dio lugar a la interposición por "Telefónica de España, S.A." de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional resuelto mediante la STC 7/2005, de 17 de enero (RTC 2005,7).

Dicha STC 7/2005, de 17 de enero, estimó el recurso de amparo interpuesto por Telefónica de España, S.A. por entender que, efectivamente se habían dictado resoluciones contrapuestas sin razón alguna aparente que las avalara, respecto de idénticas pretensiones, lo que debía considerarse un resultado arbitrario que debía eliminarse. Como consecuencia de ese fallo del TC, la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM dictó la Sentencia nº 319/2005, de 15 de abril (JT 2005\1071), donde se recoge la doctrina que, definitivamente, debe aplicarse en este ámbito, y que puede resumirse en las siguientes líneas:

¹ Es decir, se vuelve a considerar que todo tributo establecido por la Comunidad Autónoma de Madrid, como Comunidad autónoma uniprovincial, había de considerarse incluido en el canon compensatorio establecido en el artículo 4 de la Ley 15/1987, de 30 de julio.

² Entre otras pueden citarse las Sentencias núms. 1062/2000, de 10 de noviembre; núm. 1156/2001, de 10 de diciembre [JT 2002, 730]; núm. 536/2002, de 24 de mayo [JT 2002, 1558]; núm. 929/2002, de 24 de septiembre [JUR 2003, 95350]; núm. 941/2002, de 27 de septiembre [JUR 2003, 96019], todas ellas dictadas por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJM.

"En la Comunidad uniprovincial de Madrid no existen tributos de carácter local que tengan un ámbito provincial, por lo que el canon compensatorio que debe abonar Telefónica de España, SA, a la Comunidad Autónoma de Madrid «comprende todos los tributos autonómicos, por ser éstos sucesores, tanto material como formalmente, de los tributos locales de ámbito provincial en las Comunidades Autónomas uniprovinciales en las que ha desaparecido la Diputación de este ámbito». Es decir, que el criterio seguido por la Sala en este punto se concreta en la tesis de que todo tributo establecido por la Comunidad Autónoma de Madrid en el que figure como sujeto pasivo Telefónica de España, SA, debe entenderse como tributo local de ámbito provincial a los efectos de la Ley 15/1987, de 30 de julio, de tal modo que habrá que considerarlo como incluido dentro del canon compensatorio establecido en el art. 4 de la citada Ley" (F.J. 2º).

Una vez expuesto lo anterior, debe tenerse en cuenta que la Ley 15/1987, de 30 de julio se ha visto afectada por el artículo 21.5 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, en el sentido de que las referencias contenidas en aquella Ley a la "Compañía Telefónica Nacional de España" se debían entender realizadas a la empresa del "Grupo Telefónica" a la que, en su caso, le sea transmitida la concesión para la prestación de los servicios de telecomunicación establecidos en el Contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica de 26 de diciembre de 1991, mientras que las restantes empresas del "Grupo Telefónica" debían quedar sometidas al régimen general de los tributos locales. Pues bien, la transmisión de aquella concesión se produjo en su día a favor de "Telefónica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones de España, S.A.", hoy "Telefónica de España, S.A.", entidad a la que debe aplicarse el régimen especial compensatorio previsto en la Ley 15/1987; mientras que el resto de empresas del Grupo Telefónica (como "Telefónica Móviles" o "Telefónica Data") quedan sujetas al régimen tributario ordinario. Es decir, las empresas filiales del Grupo Telefónica dedicadas a la telefonía móvil o a la transmisión de datos, como entidades mercantiles con personalidad jurídica propia, están sometidas a tributación local sin ninguna especialidad. En este sentido se ha pronunciado la Audiencia Nacional, en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 29 de diciembre de 2006 (JT2007212).

II

La segunda cuestión que V.I. planteaba en su petición de informe se refería a si, con carácter general, era correcta la exigencia de las citadas tasas a los distintos Organismos Autónomos, empresas

públicas y entidades de Derecho Público dependientes de las Administraciones Públicas.

Para resolver tal cuestión debemos acudir al Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 14 se dispone que "la regulación singular de cada tasa debe incorporar, en su caso, las exenciones, bonificaciones y demás beneficios fiscales que resulten aplicables". La regulación singular de la tasa relativa a las obras e instalaciones en zonas de dominio público y protección de las carreteras de la Comunidad de Madrid se encuentra en los artículos 150 a 154 del citado Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de octubre. Señala al respecto el artículo 151 que "están exentas de la tasa el estado, la Comunidad de Madrid y los Ayuntamientos que forman parte de la misma, así como sus Organismos Autónomos".

Esta norma debe interpretarse restrictivamente dado su carácter excepcional, es decir, no cabe pretender la exención de ningún supuesto que no esté así calificado de forma expresa por la Ley. Por lo tanto, no se debe exigir dicha tasa a los distintos Organismos Autónomos dependientes de esas Administraciones Públicas, pero sí a las restantes empresas públicas u otras Entidades de Derecho Público que no revistan la naturaleza de Organismos Autónomos.

Como **CONCLUSIONES** puede indicarse lo siguiente:

1. No procede la exigencia a Telefónica de España, S.A. de la tasa relativa a obras e instalaciones en zonas de dominio público y protección de las carreteras de la Comunidad de Madrid, sino que ese tributo ha de considerarse incluido en el canon compensatorio previsto en el artículo 4 de la Ley 15/1987, de 30 de julio.
2. Ese régimen especial no se extiende a otras empresas pertenecientes al Grupo Telefónica, como Telefónica Móviles o Telefónica Data, que como entidades mercantiles con personalidad jurídica propia, están sometidas a tributación local sin ninguna especialidad. Luego sí debe exigirse el pago de las correspondientes tasas a Telefónica Móviles o Telefónica Data.
3. Finalmente, no debe exigirse el pago de esta tasa al Estado, la Comunidad de Madrid y los Ayuntamientos que forman parte de la misma, ni a sus Organismos Autónomos. Pero sí debe exigirse, por no estar incluidos en la exención prevista en la Ley, a las restantes empresas públicas o entidades de Derecho público dependientes de tales Administraciones.

Así se informa en virtud del artículo 4 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, no obstante, V.I. decidirá.

Este informe ha sido elaborado por la Letrada de la Comunidad de Madrid, D^a. Paloma Sanz Baos

BOLETÍN	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
12088	25/06/2008	26/06/2008	DE MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
12089	25/06/2008	26/06/2008	DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA EL AÑO 2009
12090	26/06/2008	27/06/2008	DE MEDIDAS FISCALES

DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID TERCER Y CUARTO TRIMESTRE 2008

Nº LEY	FECHA	FECHA BOCM	ASUNTO
1/2008	26/06/2008	11/07/2008	DE MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
2/2008	22/12/2008	30/12/2008 Corrección de errores 30/01/2009	DE PRESUPUESTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID PARA EL AÑO 2009
3/2008	29/12/2008	30/12/2008	DE MEDIDAS FISCALES Y ADMINISTRATIVAS

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
67/2008	19/06/2008	27/06/2008 Corrección de Errores 6/08/2008	EDUCACIÓN	ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL MADRID EL CURRÍCULO DEL BACHILLERATO
73/2008	3/07/2008	14/07/2008	EDUCACIÓN	SE REGULA EL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA ESTRUCTURA DE LA RED DE FORMACIÓN PERMANENTE DEL PROFESORADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID
75/2008	3/07/2008	5/08/2008	EDUCACIÓN	SE CREA EL CENTRO INTEGRADO DE FORMACIÓN PROFESIONAL, "ESCUELA DE HOST Y TURISMO SIMONE ORTEGA", EN MÓSTOLES
76/2008	3/07/2008	14/07/2008	DEPORTES	SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DEL INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE, EL ESPARCIMIENTO Y LA RECREACIÓN

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
77/2008	3/07/2008	4/07/2008	VICEPRESI Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE ESTABLECE EL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
91/2008	10/07/2008	14/07/2008	EMPLEO Y MUJER	SE CREA EL REGISTRO DE EMPRESAS ACREDITADAS COMO CONTRATISTAS O SUBCONTRATISTAS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA COMUNIDAD DE MADRID
92/2008	10/07/2008	29/07/2008	MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO	SE REGULAN LAS MODIFICACIONES PUNTUALES NO SUSTANCIALES DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO
93/2008	17/07/2008	30/07/2008 Corrección de Errores 16/09/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN LABORATORIO DE ANÁLISIS Y CONTROL DE CALIDAD

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
94/2008	17/07/2008	8/09/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN EDUCACIÓN INFANTIL
95/2008	17/07/2008	30/07/2008 Corrección de Errores 16/09/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN MECANIZADO
96/2008	17/07/2008	30/07/2008 Corrección de Errores 16/09/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN COCINA Y GASTRONOMÍA

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
97/2008	17/07/2008	30/07/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN PANADERÍA, REPOSTERÍA Y CONFITERÍA
98/2008	17/07/2008	30/07/2008	EDUCACIÓN	SE ESTABLECE EL CURRÍCULO DEL NIVEL AVANZADO DE LAS ENSEÑANZAS DE LAS ESCUELAS OFICIALES DE IDIOMAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
99/2008	17/07/2008	22/07/2008	EDUCACIÓN	SE FIJAN LOS PRECIOS PÚBLICOS POR ESTUDIOS UNIVERSITARIOS CONDUCTENTES A TÍTULOS OFICIALES Y SERVICIOS DE NATURALEZA ACADÉMICA EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DE MADRID PARA EL CURSO ACADÉMICO 2008-2009
102/2008	17/07/2008	21/07/2008	VICEPRESI. Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO	SE MODIFICAN PARCIALMENTE LAS COMPETENCIAS Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE ALGUNAS CONSEJERÍAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID
115/2008	24/07/2008	28/07/2008 Corrección de Errores 7/08/2008	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE MODIFICAN LAS COMPETENCIAS Y ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
131/2008	31/07/2008	18/08/2008	EDUCACIÓN	SE AUTORIZA LA PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA UNIVERSIDAD A DISTANCIA DE MADRID (UDIMA) Y SE APRUEBAN SUS NORMAS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO
132/2008	31/07/2008	11/08/2008	DEPORTES	SE CREA EL PREMIO INTERNACIONAL DEL DEPORTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID
134/2008	28/08/2008	8/09/2008	EDUCACIÓN	SE REGULA LA FINANCIACIÓN DEL PRIMER CICLO DE EDUCACIÓN INFANTIL EN LA COMUNIDAD DE MADRID
136/2008	11/09/2008	16/09/2008	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE ADAPTAN LAS INTERVENCIONES DELEGADAS AL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS Y ORGANISMOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º DECRETO	FECHA	FECHA BOCM	CONSEJERÍA	ASUNTO
147/2008	25/09/2008	1/10/2008	ECONOMÍA Y HACIENDA	SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO MADRILEÑO DE DESARROLLO
149/2008	16/10/2008	17/10/2008 Corrección de Errores 21/10/2008	CULTURA Y TURISMO	SE CREA EL PREMIO COMUNIDAD DE MADRID ESTAMPA
154/2008	30/10/2008	4/11/2008	SANIDAD	SE MODIFICA EL CONSEJO PARA EL SEGUIMIENTO DEL PACTO SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID CONTRA LOS TRASTORNOS DEL COMPORTAMIENTO ALIMENTARIO: LA ANOREXIA Y LA BULIMIA
163/2008	29/12/2008	5/01/2009	PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR	SE REGULA LA ACTIVIDAD DE CONTROL DE ACCESO A ESPECTÁCULOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES RECREATIVAS

Nº INCHETO	ORIGEN	FECHA SOCIA	CONSEJERÍA	ASUNTO
147204	20/04/2004	30/04/2004	DEFENSA Y HACIENDA	SE AGENDAN LA COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO MADRILEÑO DE DESARROLLO
147204	20/04/2004	17/04/2004	COETURA Y COMERCIO EXTERNO	SE CREA EL PREMIO COMUNITARIO DE TALLERES ESTAMPAS
147204	20/04/2004	21/04/2004	SANTIDAD	SE AGENDAN EL DISEÑO PARA EL REGISTRO DEL FACTO SOCIAL DE LA COMPOSICIÓN DE MAPAS CONTEA LOS DEPARTAMENTOS DEL COMERCIO AL POR MENOR LA ANONIMIDAD Y LA PROTECCIÓN
147204	20/04/2004	28/04/2004	DEFENSA Y HACIENDA	SE AGENDAN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACCIONES Y EL PLAN DE ACTIVIDADES SECRETARÍA

