



Revista Jurídica de la **Comunidad de Madrid**

N.º 28
Enero
Junio
2009



Revista JURÍDICA *de la* Comunidad de Madrid

N.º 28 Enero – Junio 2009

Año 2009

Estudios

La compatibilidad entre el IVA y el impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados: Estudio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, por *Sergio Eduardo Alonso de León*.

Refugiados Ambientales, por *Yolanda Hernández Villalón*.

El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios, por *Ricardo Rodríguez Fernández*.

Evolución jurídica y social de la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo, por *Javier Avilés García*.

Comentarios

Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos en la Ley 7/2007 del Estatuto Básico de los Empleados Públicos, por *Juan B. Lorenzo de Membiela*.

La organización y administración interna de la Cámara de Cuentas, por *Esteban Greciet García*.

Selección de Dictámenes

**Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid
Primer y segundo trimestre 2009**

R. 1395



22 SEP. 2009

REVISTA JURÍDICA DE
LA COMUNIDAD DE MADRID

N.º 28. Enero-Junio 2009

R. 1342



23 SEP 2009

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

Subdirector:

Carlos Yáñez Díaz

Podrán ser admitidos para su publicación los trabajos que no hayan sido publicados en cualquier otra publicación de la misma. Los que no se publiquen en esta Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se considerarán no publicados.

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en cualquier otra publicación de la misma. Los que no se publiquen en esta Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se considerarán no publicados.

N.º 28. Enero-Junio 2009

Los trabajos que se publiquen en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid no podrán ser publicados en cualquier otra publicación de la misma. Los que no se publiquen en esta Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se considerarán no publicados.

No se enviarán pruebas de corrección. Los trabajos deben presentarse en su versión definitiva.

Los autores de los trabajos publicados en esta Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid recibirán tres ejemplares de la Revista.

Tirada: 750 ejemplares
Edición: 0409
I.S.B.N.: 1130-8217
Deposito legal: M.º 429/1999
IMPRESA: B.D.C.M.

Director:

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

Subdirector:

Carlos Yáñez Díaz
Subdirector General de lo Consultivo y Asuntos Constitucionales
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: 740 ejemplares
Edición: 09/09
I.S.S.N.: 1139-8817
Depósito legal: M-6.420-1999
IMPRIME: B.O.C.M.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Estudios

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

Referencias Académicas (Cecilia HERNÁNDEZ VILLALÓN)

27

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.

47

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.

Comentarios

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.

Cuentas (Esteban GARCÍA GARCÍA)

173

Selección de Dictámenes

203

Leves y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y segundo trimestre 2009

219

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

Subdirector:

Carlos Yáñez Díaz
 Podrán ser recibidos para su publicación en la Revista los trabajos que no estén publicados anteriormente en ninguna revista jurídica. La dirección de la Revista decidirá la aceptación de los trabajos y su publicación, comunicando a los autores el número de páginas que se incluirán. También presentarán los trabajos que se relacionen indirectamente con la actividad de la Revista.

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 en la Revista, salvo que se solicite por escrito.

La Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid se edita en formato electrónico y en papel. Los trabajos se remitirán en papel, por una sola cara, y en duplicado. Los trabajos aceptados para su publicación en la Revista se editarán en formato electrónico y en papel. El título del trabajo, el número de páginas y el número de la Revista se indicará en el encabezamiento de cada artículo.

Podrá considerarse a este respecto el artículo 17.º de la Ley 1/2002, de 6 de febrero, de acceso a la información pública. No se enviarán trabajos de corrección a la Revista por los autores. Los trabajos aceptados para su publicación en la Revista se editarán en la versión definitiva.

Y en Internet:

Los autores de los trabajos publicados en la Revista tendrán a su disposición la que se establezca por la Dirección y conforme a la disponibilidad presupuestaria y recibirán tres ejemplares de la Revista.

Vozes: 790 ejemplares
 Edición: 09/07
 I.S.B.N.: 1139-8517
 Depósito legal: M. 2.476-1999
 ISSN: 1139-8517

ÍNDICE

Estudios

| | |
|--|----|
| <i>La compatibilidad entre el IVA y el impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados: Estudio a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo</i> (Sergio Eduardo ALONSO DE LEÓN) | 11 |
| <i>Refugiados Ambientales</i> (Yolanda HERNÁNDEZ VILLALÓN) .. | 27 |
| <i>El daño derivado de la ausencia de consentimiento informado y su graduación a efectos indemnizatorios</i> (Ricardo RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ) | 47 |
| <i>Evolución jurídica y social de la liquidación de daños a consumidores y usuarios en el procedimiento administrativo de consumo</i> (Javier AVILÉS GARCÍA)..... | 69 |

Comentarios

| | |
|---|-----|
| <i>Régimen Disciplinario de los Empleados Públicos en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico de los Empleados Públicos</i> (Juan B. LORENZO DE MEMBIELA)..... | 129 |
| <i>La organización y administración interna de la Cámara de Cuentas</i> (Esteban GRECIET GARCÍA) | 173 |
| Selección de Dictámenes | 203 |
| Leyes y Decretos de la Comunidad de Madrid. Primer y segundo trimestre 2009 | 219 |

**LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL IVA Y
EL IMPUESTO SOBRE LOS ACTOS JURÍDICOS
DOCUMENTADOS: ESTUDIO A LA LUZ
DE LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO**

POR

SERGIO EDUARDO ALONSO DE LEÓN
LETRADO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL I.V.A. Y EL GRAVAMEN DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS: SUS PRESUPUESTOS Y SU RELEVANCIA. 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL I.V.A. CON OTROS IMPUESTOS NACIONALES, A LA LUZ DE LA SEXTA DIRECTIVA. 3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL GRAVAMEN DE ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS Y SU CONFORMIDAD CON LA SEXTA DIRECTIVA. 4. CONCLUSIÓN: LA TAJANTE RESOLUCIÓN SOBRE LA COMPATIBILIDAD; EL AUTO QUE RESUELVE LA CUESTIÓN DEL AUTO.

**1. INTRODUCCIÓN: LA COMPATIBILIDAD ENTRE
EL IVA Y EL GRAVAMEN DE ACTOS JURÍDICOS
DOCUMENTADOS: SUS PRESUPUESTOS
Y SU RELEVANCIA**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dejado zanjada la polémica sobre la compatibilidad del impuesto de Actos jurídicos Documentados con el Impuesto sobre el Valor Añadido. En su auto de 27 de noviembre de 2008 resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en 7 de abril de 2008 sobre la conformidad de la normativa española con la comunitaria, en particular en lo que atañía a la directiva comunitaria sobre el IVA, esto es, la vigente Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo, con las sucesivas modificaciones y en particular la última que se introduce por la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre.

El planteamiento de la cuestión prejudicial desde el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en los términos en que resultó formulada, había alentado la expectativa de la anulación del impuesto en los casos de tributación conjunta de los dos impuestos indirectos, IVA y Actos Jurídicos Documentados.

La prensa generalista se había hecho eco de un debate¹ que, más allá de su relevancia jurídica, tenía una trascendencia económica indudable; y ello no sólo porque una resolución declarativa de la incompatibilidad hubiera excluido la ulterior aplicación del impuesto de Actos Jurídicos Documentados cuando la misma operación apareciese sujeta al IVA, sino por la avalancha de reclamaciones de devoluciones de ingresos indebidos que se hubieran producido², con el consecuente quebranto para la Hacienda de las Comunidades Autónomas y, muy particularmente para la de Madrid.

Más allá de esta cuestión, con gran relevancia práctica en sí misma, esgrimían algunos autores la tesis de que la declaración de incompatibilidad por el Tribunal de Luxemburgo tendría como consecuencia la revisión de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad de operaciones gravadas por distintas modalidades del impuesto, como la tributación en tanto que acto jurídico documentado de los préstamos hipotecarios con origen en compraventas ya gravadas como transmisiones patrimoniales onerosas³. Ello ya no sólo desde un punto de vista de la concurrencia de las identidades necesarias para la existencia de una doble imposición, sino sobre todo desde la perspectiva de su afectación a la normativa comunitaria sobre el IVA, hubiera sido desorbitado, incluso con un fallo condenatorio al Reino de España del Tribunal de Luxemburgo en este caso.

La idea de buscar en la «doble imposición» sobre determinados actos o fuentes de riqueza el fundamento que llevara a sostener la anulación de uno de dos impuestos ha sido una tesis recurrente para algunos autores fiscalistas que, como en el caso del Impuesto del Patrimonio, sin embargo ha sido refutada por los tribunales. En el caso de los impuestos indirectos, el planteamiento de esta posición con sostén en la normativa comunitaria resultaba de difícilmente sostenible. No solamente la Sexta Directiva autorizaba impuestos indirectos

¹ Así, distintos diarios habían publicado artículos sobre la polémica pendiente ante el Tribunal de Luxemburgo: «La UE investiga el doble impuesto que cobran las autonomías por la vivienda», titulaba la Gaceta de los negocios en 23 de noviembre de 2008, «El impuesto de las escrituras de compraventa de vivienda en el aire: el Tribunal de la UE estudia la posible incompatibilidad de IVA y AJD», titulaba Negocio en 18 de noviembre de 2008, de forma similar, el diario Cinco Días en su edición de 25 de septiembre de 2008 y Expansión en 24 de diciembre de 2008.

² Desde el planteamiento de la cuestión prejudicial, numerosos despachos de abogados habían recomendado a sus clientes la interposición de recursos en vía administrativa o económico-administrativa, cuando menos para interrumpir la prescripción para la solicitud de los ingresos indebidos.

³ En este sentido, el artículo de RAMÓN FALCÓN y SELLA: «La incompatibilidad entre el IVA y el gravamen proporcional de AJD: el auto del TSJ Cataluña 7 abril 2008», publicado en Quincena Fiscal Aranzadi, núm. 18/2008.

tos sobre hechos imposables ya gravados por el IVA, sino que desde las mismas instituciones comunitarias se ordenaba a los estados la imposición adicional sobre determinados consumos, para los que se arbitraban específicas normas para la adición de los gravámenes. Era el caso de los impuestos especiales, que hacían tributar determinados consumos, así los de tabacos, alcohol o hidrocarburos, y aún el impuesto de matriculación de vehículos, sin que ello obstara a su sujeción, adicionalmente, al IVA⁴. En este caso, la legislación española era no sólo compatible, sino meramente receptora del acervo comunitario; esto es, las originales directivas 72/464/CEE y 79/32/CEE sobre los impuestos especiales, con sus numerosas reformas posteriores. En estos supuestos, a diferencia de lo que sucede en la imposición por AJD en su modalidad, concurre la identidad de hecho imponible y sujeto pasivo.

Este punto debe ser clarificado antes de entrar en el debate sobre el que se ha pronunciado el Tribunal de Luxemburgo. La incompatibilidad no podría darse por una «doble imposición» entendida en un sentido más o menos laxo, sino por la posible incongruencia de la Ley española con una concreta cláusula de la Directiva sobre el IVA. En particular el artículo 33 de la Directiva sobre el IVA, en redacción dada por el artículo 401 de la Directiva 2006/112/CE, el cual especifica que:

«Sin perjuicio de lo que se establezca en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o al establecimiento por un Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros, sobre juegos y apuestas, sobre consumos específicos, de derechos de registro y, en términos generales, de cualquier impuesto, derecho o tasa que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios, siempre que la recaudación de impuestos, derechos o gravámenes no dé lugar, en los intercambios entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera.»

Es por ello que las consideraciones que excedan del cuestionamiento específico de este precepto, que algunos autores han querido

⁴ Hasta tal punto se produce la compatibilidad entre ambos tributos indirectos que la base imponible no es la misma para ambos, sino que aparece ya incrementada para uno de los impuestos —normalmente el impuesto especial, con el importe correspondiente a la aplicación del otro, el IVA—. Véase a título de ejemplo el artículo 58 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, a cuyo tenor: «La base (del impuesto sobre las labores del tabaco) estará constituida: Para la aplicación de los tipos proporcionales, por el valor de las labores, calculado según su precio máximo de venta al público, en expendurias de tabaco y timbre situadas en la península o Islas Baleares, incluidos todos los impuestos.»

ver planteadas en el trasfondo del auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resultaban improcedentes.

La controversia se plantea, por tanto, en los términos siguientes:

Las compraventas de bienes inmuebles tributan o bien como operaciones sujetas al impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas, cuando éstas se realizan entre particulares, o bien al impuesto sobre el valor añadido, cuando éstas versan sobre edificaciones nuevas y son realizadas por empresarios. Cuando la transmisión se sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas, no cabe la aplicación del gravamen de actos jurídicos documentados, ya que la Ley reguladora de ambos impuestos, aprobada mediante Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, declara ambos incompatibles, excluyendo la aplicación de éste último en el artículo 31.2.

Sin embargo, cuando la operación no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas decae la prohibición y la compraventa, al ser escriturada en documento notarial, inscribible en un registro público y teniendo por objeto una cantidad económica, debe tributar a la modalidad de actos jurídicos documentados. Esta modalidad, como la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, es un impuesto cedido del que resultan beneficiarias las Comunidades Autónomas. Ocurre que la operación también debe tributar al impuesto sobre el valor añadido, por lo que *aparentemente* la operación sufre una doble imposición.

Esta apariencia de doble imposición es más que discutible, ya que no concurren una serie de identidades que después analizaremos, en cuanto al hecho imponible, la base imponible y el sujeto pasivo, por más que la imposición tenga su origen último, más desde una perspectiva fáctica que rigurosamente jurídica, en la transferencia dominical inmobiliaria. Incluso si partiéramos a meros efectos dialécticos del presupuesto de esta doble imposición, ya hemos analizado que esta no sería obstativa a la existencia de ambos tributos.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE LA COMPATIBILIDAD DEL IVA CON OTROS IMPUESTOS NACIONALES, A LA LUZ DE LA SEXTA DIRECTIVA

La cláusula del artículo 33 de la Sexta Directiva ya había sido analizada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo⁵. La prohi-

⁵ Este punto de vista no es ignorado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que cita en su auto alguna sentencia en este sentido del Tribunal de Luxemburgo, como la

bición de otros impuestos sobre el volumen de negocios ha sido examinada desde la determinación de los atributos esenciales del IVA y la comprobación de su concurrencia en el otro tributo respecto del que se plantea la compatibilidad.

El punto de vista adoptado por el TJCE es el siguiente: «Para apreciar si un impuesto, un derecho o una tasa tiene carácter de impuesto sobre el volumen de negocios en el sentido del artículo 33 de la Sexta Directiva, es preciso, en particular, cerciorarse de si produce el efecto de entorpecer el funcionamiento del sistema común del IVA al gravar la circulación de bienes y servicios e incidir en las transacciones comerciales de manera comparable a la que caracteriza al IVA»⁶.

Para ello el Tribunal de Justicia ha precisado cuáles son las características esenciales del IVA. Pese a algunas diferencias en la redacción, de su jurisprudencia se desprende que dichas características son cuatro⁷:

- 1) la aplicación del IVA **con carácter general** a las transacciones que tengan **por objeto bienes o servicios**;
- 2) la determinación de su cuota en **proporción al precio** percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes que entregue o de los servicios que preste;
- 3) la percepción de dicho impuesto en **cada fase del proceso de producción y de distribución**, incluido el de la venta al por menor, con independencia del número de transacciones efectuadas anteriormente;
- 4) la **deducción del IVA devengado** por un sujeto pasivo de los importes abonados en **las etapas anteriores** del proceso de producción y distribución, de manera que, en una fase determinada, este impuesto se aplica sólo al valor añadido en esa fa-

Sentencia Raymond Belaunde contra la Dirección de servicios fiscales de Nantes, en que se afirma la compatibilidad. Sin embargo, a juicio del Tribunal Superior de Justicia no hay identidad de razón porque el AJD no es equiparable a un derecho de registro. En particular, afirma el TSJ: «...ha de entenderse que el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados no puede equipararse a los derechos de registro a que se refiere el artículo 33 de la Sexta Directiva, pues los servicios notariales y registrales españoles están sometidos a los correspondientes aranceles y colman la remuneración de cualquier servicio que haya prestado.» En realidad, con esta consideración, que después será rechazada por la instancia comunitaria, el TSJ prejuzga uno de los aspectos esenciales de la cuestión prejudicial —nótese la contradictoria redundancia. El TJCE no sólo rechaza después la consideración del TSJ, sino que aclara que los parámetros para el análisis de su jurisprudencia habían sido equivocados.

⁶ Extractado del fundamento 25 de la sentencia de 3 de octubre de 2006 (Banca Popolare di Cremona C-475/03).

⁷ Extractado del fundamento jurídico 4º de la Sentencia de 11 de octubre de 2007 (KÖGAZ y otros, C-283/06 y C-312/06), la más reciente con anterioridad al auto analizado.

se y la carga final de dicho impuesto recae en definitiva sobre el consumidor.

Este análisis se ha realizado en muchas ocasiones. Podemos señalar como las más importantes sentencias:

1. El primer pronunciamiento relevante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la compatibilidad del IVA con otros impuestos indirectos, en contemplación del artículo 33 de la Sexta Directiva, se produce con la Sentencia de 27 de noviembre de 1985 (**Rousseau Wilmot** 295/84), sobre la cuestión prejudicial planteada por la *Cour d'Appel* (Tribunal de Apelación) de *Douai*. Se planteaba en concreto si la existencia de una contribución social de solidaridad calculada sobre la cifra total de negocios era contraria al artículo 33 de la Sexta Directiva. En este primer pronunciamiento ya se anuncia el criterio que después será mejor perfilado, es decir, si comparte las características esenciales del IVA. Se llega a la conclusión de que no es así dado que la base imponible se fija en una cantidad global, no para cada transacción; además no es deducible, ni afecta a cada estadio de la actividad productiva, ni se repercute en el cliente. Por ello ambos gravámenes, se concluye, son compatibles.
2. La Sentencia de 13 de julio de 1989 (**Wisselink** 93/88 y 94/88) aborda la cuestión prejudicial planteada desde el *Hoge Raad* de los Países Bajos sobre la aplicación de un impuesto sobre la entrega e importación de los vehículos turismo y su compatibilidad con el IVA, a tenor de la Sexta Directiva. Se determina la compatibilidad dado que: a) no es un impuesto general sobre el consumo, b) se aplica sólo en una ocasión, por lo que no compromete el sistema de funcionamiento del IVA y c) la base imponible es distinta.
3. La Sentencia 19 de marzo de 1991 (**Giant** C-109/90) que analiza la cuestión prejudicial elevada por *Bestendige Deputatie van de Provincieraad van Brabant* de Bélgica. En ella se analiza la validez del establecimiento de un impuesto regional sobre los espectáculos y en particular su respeto de la prohibición del artículo 33 de la Sexta Directiva. El Tribunal consideró que el impuesto en cuestión no tiene el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios. Por otro lado, existen varias diferencias esenciales con el IVA: a) el impuesto sobre los espectáculos no tiene carácter general, b) no grava el valor añadido en los sucesivos estadios de la producción y c) no es repercutido al desti-

natario de los servicios. Por ello, se admite la compatibilidad de los gravámenes.

4. Sentencia de 7 de mayo de 1992 (**Aldo Bozzi** C-347/90) que resuelve a instancia del *Pretore di Milano* que planteó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 33 de la Sexta Directiva 77/388/CEE en relación con la posible ilegalidad del establecimiento de una cotización suplementaria a la Mutualidad Nacional de Previsión y Asistencia de Abogados y Procuradores italiana. Ello se cuestionaba porque la base imponible de tal cotización la constituía el importe de los honorarios de los abogados, ya sujetos al IVA. Entiende sin embargo el Tribunal que a) la cotización suplementaria no constituye una exacción de carácter general, b) no siempre es proporcional a la remuneración que el cliente ha de satisfacer por la prestación profesional, ya que si no se alcanza un mínimo se determina la contribución a tanto alzado y c) es una carga recaudada en una sola fase. Por tanto, a juicio del TJCE la Sexta Directiva no se opone al establecimiento de tal cotización.
5. Sentencia de 8 de junio de 1999 (**Pelzl** y otros C-338/97, C-344/97 y C-390/97) que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgerichtshof* o Tribunal de Justicia austriaco en relación con la compatibilidad del IVA con varios impuestos regionales destinados a la promoción del turismo. Su base imponible está constituida por el volumen de negocios anual, salvo las derivadas de negocios con personas que no tengan su domicilio en la región; la cuantía del tributo varía en función de los beneficios que obtenga del turismo el sector al que pertenezca el sujeto pasivo, según estimación efectuada por el legislador. Estos impuestos presentan algunas diferencias relevantes con el IVA dado que a) no está prevista ninguna deducción de las cuotas abonadas en las fases precedentes, b) las exacciones no se repercuten sobre el consumidor final, c) exacciones en favor del turismo se calculan sobre la base de un volumen de negocios global realizado anualmente, no en cada venta. Declara la compatibilidad.
6. La sentencia de 9 de marzo de 2000 (**Evangelischer Krankenhausverein Wien** C-437/97) aborda la cuestión prejudicial planteada por *Verwaltungsgerichtshof* o Tribunal de Justicia de Austria en relación con la conformidad del impuesto municipal austriaco sobre las bebidas no alcohólicas y los helados con el artículo 33 de la Sexta Directiva. El Tribunal de Luxemburgo respalda la compatibilidad del impuesto especial austriaco con el IVA en atención a que no constituye un impuesto general si-

no que grava una categoría muy concreta de bienes. Además de declarar la compatibilidad con la Directiva del IVA, esta sentencia también declara al impuesto compatible con la directiva de impuestos especiales.

7. La sentencia de 19 de septiembre de 2002 (**Tulliasiamies C-101/00**) resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Korkein hallinto-oikeus* (Tribunal Administrativo Superior de Finlandia) sobre la compatibilidad del impuesto de matriculación, en particular en lo concerniente a la importación de vehículos, con el IVA, a tenor del artículo 33 de la Sexta Directiva. Considera el TJCE que las diferencias con el IVA son esenciales puesto que el impuesto liquidado sobre la base del impuesto de matriculación no constituye un impuesto general, sólo afecta, de hecho, a una categoría limitada de bienes. En segundo lugar, la cuantía del impuesto liquidado sobre la base del impuesto de matriculación no es proporcional al precio de los bienes sino la cuantía del impuesto de matriculación, aunque indirectamente se refiera al precio. En tercer lugar, el impuesto liquidado sobre la base del impuesto de matriculación no debe abonarse en cada fase del proceso de producción, sino sólo cuando se percibe el impuesto de matriculación. Por lo demás, este impuesto no grava el valor añadido en una fase determinada del proceso de producción y de distribución, sino su valor total. Declara la compatibilidad.

8. La Sentencia de 3 de octubre de 2006 (**Banca Popolare di Cremona C-475/03**⁸) —adoptada en Gran Sala— analiza la compatibilidad del impuesto regional sobre las actividades producti-

⁸ Además, en este caso son muy reveladoras las conclusiones elaboradas por la Abogada General CHRISTINE STIX-HACKL, en los considerandos 40 y 41 en que va más allá del análisis de las cuatro características del Tribunal y se pregunta: «¿qué puede afirmarse acerca de las cuatro características esenciales del IVA, vistas a la luz de la finalidad del sistema común y de la prohibición de tributos nacionales que pongan en peligro probable su funcionamiento?»

Pueden al menos enunciarse varios elementos negativos. Un tributo no pone en peligro probable el funcionamiento del sistema si no se aplica con generalidad; no es probable que los tributos limitados a categorías específicas de bienes o servicios interfieran en el sistema en su conjunto. Es menos probable que ponga en peligro el sistema un tributo que no grave cada fase del proceso de producción o de distribución; tales tributos pueden incidir en una fase determinada del proceso, pero no en el sistema global. Es menos probable que interfiera en el sistema del IVA un tributo que no sea proporcional al valor añadido en cada fase, ni por tanto al precio total en cada fase; los tributos de cuota fija pueden coexistir en general con los impuestos proporcionales. Y no cabe duda de que un tributo que no pueda repercutirse en el consumidor no puede perjudicar el funcionamiento del IVA como impuesto sobre el consumo.»

Estos considerandos serán traídos a colación a continuación específicamente en relación con el caso del AJD.

vas con el IVA en consideración al artículo 33 de la Sexta Directiva, y tomando como punto de referencia la neutralidad del impuesto regional respecto del sistema del IVA. El hecho imponible del impuesto consiste en el ejercicio habitual de una actividad organizada de manera autónoma, destinada a la producción o al intercambio de bienes o a la prestación de servicios, siendo sujeto pasivo el empresario. Por ello, uno y otro impuesto no comparten la segunda característica en la medida que mientras que el IVA se percibe transacción por transacción en la fase de la comercialización y su importe es proporcional al precio de los bienes o servicios ofrecidos, el IRAP, por el contrario, es un impuesto que recae sobre el valor neto de la producción de la empresa a lo largo de un determinado período. Tampoco se cumple la última, referente a la posibilidad de deducción.

9. La Sentencia de 11 de octubre de 2007 (**KÖGAZ y otros, C-283/06 y C-312/06**) analiza el impuesto húngaro local sobre actividades económicas (HIPA) y su compatibilidad con el IVA en atención al artículo 33 de la Sexta Directiva, a solicitud del «Zala Megyei Bíróság», o Tribunal del Departamento de Zala (Hungría). Este impuesto grava toda actividad económica ejercida con carácter permanente o temporal en la circunscripción del municipio de que se trata; el sujeto pasivo es el empresario; y la base imponible de este impuesto está constituida por el volumen de negocios neto correspondiente a los productos vendidos o a los servicios prestados durante un período determinado, una vez deducidos los costes. Se considera compatible con el IVA, por no cumplirse la segunda característica: mientras que el IVA se percibe transacción por transacción en la fase de comercialización y su importe es proporcional al precio de los bienes o servicios ofrecidos, el HIPA, por el contrario, recae sobre la diferencia, determinada en función de la legislación contable, entre los ingresos y los costes. Tampoco se cumple la cuarta característica, ya que no es susceptible de ser deducido el impuesto.

En el mismo sentido a los pronunciamientos analizados *las sentencias de 3 de marzo de 1988, Bergandi, 252/86; de 19 de marzo de 1991, Giant, C-109/90, Dansk Denkvit C-200/90, de 29 de abril de 2004, GIL Insurance y otros, C-308/01.*

Finalmente, es especialmente relevante la Sentencia de 16 de diciembre de 1992 (C-208/91 **Beaulande**) por la similitud, mayor que la de los supuestos anteriores, con el impuesto de Actos Jurídicos Do-

cumentados y porque es aludido directamente por el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual se esmera en resaltar las diferencias con el supuesto español. Pues bien, en este caso el *Tribunal de Grande Instance de Nantes* (Francia) había presentado la cuestión prejudicial sobre la validez, conforme al artículo 33 de la Sexta Directiva, de la exigencia de los derechos de registro percibidos sobre las adquisiciones de terrenos edificables. Pues bien, en esta sentencia el Tribunal viene de nuevo a aplicar los parámetros antes reiterados de semejanzas con el IVA para determinar si es un impuesto sobre el volumen de negocios y altera el sistema establecido por las Directivas comunitarias. Como en los casos anteriores, la falta de concurrencia de algunas de las características del IVA. Al no tener carácter general, ni gravar progresivamente el valor añadido en el proceso productivo, ni ser deducible resulta plenamente compatible con el IVA.

Ciertamente pueden encontrarse diferencias relevantes con el caso que nos ocupa, como hace el TSJ, pero es indudable que tanto en el caso *Beaulande*⁹ como en todos los anteriores se aplica una doctrina jurisprudencial muy clara y sistemática. Ello nos lleva a, estudiar los siguientes puntos, siguiendo el análisis realizado por el Tribunal de Luxemburgo, y aplicándolo al caso español del gravamen de Actos Jurídicos Documentados:

- 1) Sobre el carácter general de la aplicación del IVA a las transacciones que tengan por objeto bienes o servicios, resulta notorio que este carácter no resulta compartido con el IVA, ya que la sujeción al impuesto de Actos Jurídicos Documentados exige unas condiciones muy particulares, así que se trate de inmuebles, que el acto sea inscribible, etc.¹⁰.
- 2) En cuanto a la determinación de su cuota en proporción al precio percibido por el sujeto pasivo como contraprestación de los bienes que entregue o de los servicios que preste. Aquí el TJCE no niega expresamente la identidad, aunque habría que matizar que la base imponible de uno y otro impuesto puede ser

⁹ En realidad, en este proceso no existe una aportación particular o novedosa del TJCE que se limita a aplicar los criterios ya desarrollados en las otras sentencias citadas. El hecho de que sea abordada por el Auto del TSJ de Cataluña, lo que se debió a su invocación por el Ministerio Fiscal, obedece a su similitud en cuanto se refiere los derechos de registro de la normativa tributaria francesa a transmisiones inmobiliarias susceptibles de registro público. El Auto del TJCE dice en su fundamento 40 que sí es pertinente a efectos de comprobar si el AJD presenta las características esenciales del IVA, pero ello podría ser referido también al resto de sentencias citadas.

¹⁰ El Auto de 27 de noviembre de 2008 analiza este punto en su fundamento 41 y concluye que no hay aquí semejanza entre el IVA y el AJD.

distinta¹¹, como analizó en su día la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

- 3) Sobre la percepción de dicho impuesto en cada fase del proceso de producción y de distribución, esta característica fundamental del IVA no se aprecia en el Acto Jurídico Documentado, que no se percibe durante el proceso de producción. De hecho, no grava la progresiva creación de valor en el proceso productivo, sino sólo el importe de la transacción¹². Este aspecto es fundamental, ya que supone, en la terminología antes utilizada por la instancia comunitaria, que el Acto Jurídico Documentado no produce una perturbación en el sistema de funcionamiento del IVA.
- 4) Finalmente, no hay la deducción del IVA devengado por un sujeto pasivo de los importes abonados en las etapas anteriores.

Por tanto, de la aplicación de la jurisprudencia vista resultaba muy evidente, y sin necesidad de una labor interpretativa muy exigente, la compatibilidad de ambos impuestos. Pero además, podemos completar el criterio de la jurisprudencia con el más detallado de las Conclusiones¹³ en algunos de los casos analizados. Por ejemplo, en la Sentencia ya citada *Banca Popolare di Cremona* la Abogada General CHRISTINE STIX-HACKL, en los considerandos 40 y 41 en que va más allá del análisis de las cuatro características del Tribunal y se pregunta:

«¿qué puede afirmarse acerca de las cuatro características esenciales del IVA, vistas a la luz de la finalidad del sistema común y de la prohibición de tributos nacionales que pongan en peligro probable su funcionamiento?»

Pueden al menos enunciarse varios elementos negativos. Un tributo no pone en peligro probable el funcionamiento del sistema si no se aplica con generalidad; no es probable que los tributos limitados a categorías específicas de bienes o servicios interfieran en el sistema en su con-

¹¹ En efecto, la base imponible del IVA viene constituida por el importe de la transacción, mientras que en el AJD la base imponible la constituye el valor real o de mercado de los bienes transmitidos. Aunque en la práctica suelen coincidir, no se refieren a un mismo concepto de ahí que pueda existir una variación en la base imponible, sobre todo si existe una comprobación de valores.

¹² El Auto de 27 de noviembre de 2008 analiza este punto en su fundamento 43 y concluye que no hay aquí semejanza entre el IVA y el AJD.

¹³ Los análisis de las Conclusiones del Abogado General, especialmente cuando después son seguidos por el Tribunal, son muy reveladores de la exégesis del Tribunal, ya que son más detalladas y tajantes que las propias sentencias, elaboradas con una mayor neutralidad al ser fruto de decisiones colegiadas.

junto. Es menos probable que ponga en peligro el sistema un tributo que no grave cada fase del proceso de producción o de distribución; tales tributos pueden incidir en una fase determinada del proceso, pero no en el sistema global. Es menos probable que interfiera en el sistema del IVA un tributo que no sea proporcional al valor añadido en cada fase, ni por tanto al precio total en cada fase; los tributos de cuota fija pueden coexistir en general con los impuestos proporcionales. Y no cabe duda de que un tributo que no pueda repercutirse en el consumidor no puede perjudicar el funcionamiento del IVA como impuesto sobre el consumo.»

El Acto Jurídico Documentado no es un impuesto repercutible. Debe ser abonado por la persona a cuyo favor se formaliza el documento público de compraventa inmobiliaria. El Acto Jurídico Documentado no es un impuesto que grave sucesivamente o por fases el valor añadido, sino sólo la transacción final que se documenta. Y finalmente el Acto Jurídico Documentado exige una serie de requisitos para su devengo que lo alejan de la consideración de general, incluso en las transacciones sobre inmuebles. Es imposible, con estos criterios, vislumbrar la más mínima posibilidad de un pronunciamiento coherente con los planteamientos del TSJ de Cataluña.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL GRAVAMEN DE AJD Y SU CONFORMIDAD CON LA SEXTA DIRECTIVA

El Tribunal Superior de Justicia, en el auto por el que planteaba la cuestión prejudicial introducía el elemento de juicio de la identificación, o al menos asimilación, del hecho imponible del IVA y del Acto Jurídico Documentado, utilizando los pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo sobre la impugnación directa del Reglamento del Impuesto, aprobado mediante Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, impugnación que se resuelve mediante sentencia de 3 de noviembre de 1997¹⁴ y cuya definición del hecho imponible ha sido des-

¹⁴ Extracta el auto de 7 de abril de 1997 el siguiente considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo recaída en el procedimiento número 544/1995: «Y el hecho imponible de tal gravamen no es el documento; es, en realidad, la acción o situación atribuible o vinculada a una persona, en función de cuya realización, demostrativa de su capacidad económica, le es exigible el tributo. Por tanto, el hecho imponible del impuesto de cuota gradual de actos jurídicos formalizados en documentos notariales no es, propiamente, el documento notarial utilizado.

pués recogida por una amplísima jurisprudencia¹⁵. Al plantear la cuestión prejudicial, se parte del presupuesto de que el hecho imponible no es sólo el otorgamiento del documento público, sino también la transacción que subyace.

En nuestra opinión, de la afirmación del Supremo en 1997 a la identificación del hecho imponible que hace el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hay un camino que el Tribunal Supremo no recorre. Es más, se trata de una afirmación, la de la calificación del hecho imponible del gravamen gradual de actos jurídicos documentados, que es pronunciada *obiter dicta* sin vincularlo a la compatibilidad con el IVA, sino en la consideración de su incompatibilidad, legalmente declarada, con el gravamen de operaciones societarias. Todo ello sin perjuicio de que la jurisprudencia del TJCE no considere la identidad de los hechos imponibles como suficiente para la declaración de incompatibilidad¹⁶.

En realidad, el planteamiento de la cuestión prejudicial no se realiza siguiendo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, sino contrariándola. Ello, que es absolutamente legítimo desde un punto de vista procesal y está amparado por el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, debe ser subrayado. En realidad, se pretendía del Tribunal de Luxemburgo el refrendo a la tesis, si no sostenida, sí enunciada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de forma que se superara la opuesta interpretación del Supremo.

En efecto, el Tribunal Supremo, aunque no se había pronunciado directamente sobre el caso de las transmisiones inmobiliarias sujetas a IVA, si lo había hecho respecto de los préstamos hipotecarios desde la perspectiva de la Sexta Directiva del IVA. Así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre 2006, recaída en el recurso 4593/01 expresa con total claridad la posición del Tribunal

El hecho imponible es, en tal caso, una entidad compleja, constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos (en virtud de los cuales es exigible dicha modalidad de impuesto). En efecto, sin un acto jurídico, o sea, sin un acto humano, voluntario, consciente y productor de efectos jurídicos, no puede materializarse dicho gravamen tributario; por ello, en general, la no producción de efectos jurídicos de ciertos actos, que constituyen una simple ejecución de otros actos previos que ya desplegaron anteriormente su eficacia, provoca que aquéllos, a pesar de cumplir los demás requisitos del presupuesto de hecho del Impuesto, queden fuera de su ámbito objetivo.»

¹⁵ El fundamento extractado del Tribunal Supremo es recogido por las sentencias, entre otras, de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de mayo de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de marzo de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 3 de junio de 1998 y por el mismo Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencia de 1214/2004, de 2 de diciembre.

¹⁶ De hecho, ni siquiera lo considera uno de los cuatro criterios analizados con anterioridad, y que deberían concurrir sin excepción.

Supremo respecto al alcance del artículo 33 de la Sexta Directiva en relación con el impuesto de actos jurídicos documentados:

«De otra parte, el art. 33 de la citada Sexta Directiva Comunitaria 77/388/CEE matiza que «sin perjuicio de lo que se establezca en otras disposiciones comunitarias, las disposiciones de la presente Directiva no se oponen al mantenimiento o establecimiento por el Estado miembro de impuestos sobre los contratos de seguros, sobre juegos y apuestas, sobre consumos específicos, de derechos de registro y, en términos generales, de cualquier impuesto, derecho o tasa que no tenga carácter de impuesto sobre el volumen de negocios».

La cuestión se centra, pues, en determinar si la modalidad impositiva sobre Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, puede conceptuarse o no como un impuesto recayente sobre el volumen de negocios. La parte recurrente entiende que sí, con fundamento, básicamente, en que varía en su importe precisamente en función de la cuantía del crédito garantizado, pero la Sala no puede compartir este criterio por las razones siguientes:

En primer lugar, porque el hecho imponible del Impuesto sobre el Acto Jurídico Documentado recae sobre el documento y no sobre el acto contenido en el mismo. En este Impuesto lo que se grava es la formalización de ciertos documentos notariales, mercantiles y administrativos y no los contratos o, en general, operaciones que el mismo pueda reflejar.

En segundo término, y como ha declarado la Sentencia de esta Sala de 26 de Febrero de 2001 (recurso de casación 9096/95), porque siendo el sujeto pasivo el que adquiere el bien o derecho (o, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan (arts. 30 de los Textos Refundidos del Impuesto aquí aplicable y vigente), es decir, en el supuesto de autos el prestatario, para que el Impuesto aquí controvertido mereciera la consideración de impuesto sobre el volumen de negocios tendría que venir referido a unas actividades negociables de ese sujeto pasivo que consistieran en ser receptor de préstamos.

Y, por último, y en tercer lugar, porque la misma jurisprudencia comunitaria —Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 3 de Marzo de 1988 (asunto 252/86)— a propósito de la interpretación del antes citado art. 33 de la Directiva 77/388 /CEE y con referencia a un tributo establecido sobre máquinas automáticas instaladas en lugares públicos en que se contemplaban importes diferentes según las características del bien imponible, entendió que no existía gravamen sobre el volumen de negocios porque no estaba establecido en consideración

a los ingresos que podían derivarse de la utilización del bien por el público. Del propio modo, el Impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, no tiene en cuenta los ingresos que para la actividad empresarial del prestatario pueden derivarse del préstamo concertado, lo mismo que ocurre con el gravamen de la misma naturaleza sobre las actas de protesto. El 0'50 por 1000 de nominal del préstamo o, en su caso, del valor de una letra objeto de acta de protesto no es un gravamen que recaiga sobre el volumen de negocios del prestatario o del deudor cambiario que no hubiera atendido la letra a su vencimiento. Recae, exclusivamente, sobre la formalización de esas operaciones, y en tal sentido, pues, esos valores nominales no funcionan como expresión de volumen de negocio alguno, a diferencia del IVA, que, en definitiva, es el Impuesto que la Directiva quiso y quiere salvaguardar.»

El Tribunal Superior de Justicia no ignora este pronunciamiento, sino que entiende que el criterio del Supremo es dudoso porque contradice las sentencias anteriormente citadas¹⁷. Ello es ciertamente tendencioso, ya que los extractos utilizados de las sentencias de 1997 se plateaban a mayor abundamiento sin que fueran la cuestión central planteada. Además, el razonamiento extractado no es aislado, sino que obedece a un criterio consolidado que aparece también en un buen número de sentencias anteriores¹⁸.

¹⁷ En particular, dice el auto del Tribunal Superior de Justicia: «...el Ministerio Fiscal transcribe la sentencia de 31 de octubre de 2006, en la que se rechaza la incompatibilidad por sostenerse que el hecho imponible del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados recae sobre el documento y no sobre el contenido del mismo, gravándose en este impuesto la formalización de los documentos y no los contratos o, en general, operaciones que el mismo pueda reflejar.

Sin embargo, tal criterio es contrario al seguido en la ya transcrita sentencia del mismo Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1997 donde se sostuvo que la identificación del impuesto de la alícuota proporcional con un gravamen puramente documental es producto de la confusión de las normas reguladoras, pues el hecho imponible de tal gravamen no es el documento; es, en realidad, la acción o situación atribuible o vinculada a una persona, en función de cuya realización, demostrativa de su capacidad económica, le es exigible el tributo. Por tanto, nos dice el Tribunal Supremo, el hecho imponible del impuesto de cuota gradual de actos jurídicos formalizados en documentos notariales no es, propiamente, el documento notarial utilizado, sino una entidad compleja, constituida, entre otros elementos, por la realización de ciertos actos o contratos (en virtud de los cuates es exigible dicha modalidad de impuesto).

¹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 20 enero 2006; de 27 junio 2002; de 26 febrero 2001; de 16 diciembre 2000; de 15 diciembre 2000; de 8 noviembre 2000; de 23 octubre 2000; de 1 julio 1998; y de 3 junio 1998.

4. CONCLUSIÓN: LA TAJANTE RESOLUCIÓN SOBRE LA COMPATIBILIDAD: EL AUTO QUE RESUELVE LA CUESTIÓN DEL AUTO

En realidad la única especificidad del caso español frente a todos los anteriores es paradójicamente, y arrumbado la tesis del TSJ y de algunos autores, la claridad con la que el Acto Jurídico Documentado es compatible con el IVA, de aquí que la resolución se produzca mediante auto, de escasa extensión, por otra parte. En definitiva, más que una extensión de la jurisprudencia comunitaria sobre el artículo 33 de la Sexta Directiva nos hallamos ante una aplicación de la misma.

Para desaliento de quienes habían sostenido la incompatibilidad de los tributos, incluso para aquellos que habían considerado dudoso o discutible el mantenimiento de ambos en las operaciones que eran examinadas, el pronunciamiento del tribunal, amén de estar precedido por unas breves deliberaciones, adopta la nada casual forma de auto.

El artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contiene una previsión especial sobre la forma que han de adoptar las resoluciones a una cuestión prejudicial como la planteada, en el sentido de que:

«Cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto o cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal, oído el Abogado General, podrá resolver en cualquier momento mediante auto motivado remitiéndose, en caso necesario, a la sentencia anterior o a la jurisprudencia aplicable.»

El Tribunal podrá asimismo resolver mediante auto motivado, tras haber informado al órgano jurisdiccional remitente, vistas, cuando se hayan presentado, las observaciones de los interesados a los que se refiere el artículo 23 del Estatuto y oído el Abogado General, cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable.»

Quienes habían visto en el auto de planteamiento de la cuestión prejudicial una oportunidad histórica para la resolución de una cuestión, cuando menos controvertida, se han encontrado no sólo con un fallo desfavorable, sino con la constatación de que la polémica era en gran parte superflua, y venía acompañada de un sesgo sin duda voluntarista. Ora la compatibilidad era evidente, ora el Tribunal se había pronunciado ya sobre ella. El Tribunal resuelve la disyuntiva.

REFUGIADOS AMBIENTALES

POR
YOLANDA HERNÁNDEZ VILLALÓN
LETRADA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO «REFUGIADO». 2. CONCEPTO REFUGIADOS AMBIENTALES: 2.1 Convención que gobierna los diferentes aspectos de Refugiados en África, Addis Abeba 1969. 2.2. Declaración de Cartagena de los Refugiados 1984. 2.3. Fuentes varias del concepto de refugiado ambiental. 3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS ACTUALES SUSCEPTIBLES DE APLICACIÓN: 3.1 Normas. 3.2 Jurisprudencia: Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; Corte Europea de Derechos Humanos; Latinoamérica: Comisión Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos; África: Comisión Africana. 3.3 Costumbre internacional: caso de Islas del Pacífico. 4. PROPUESTAS: 4.1 Soluciones sustantivas o soluciones de procedimiento. 4.2 Necesidad de inversión para prevenir daños al ambiente. 4.3 Instrumentos de adecuada información y participación. 4.4 Designación de zonas neutrales entre países donde se alojarán campamentos base en el caso de producirse un desastre natural. 4.5 Reconocimiento de protección subsidiaria.

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTO REFUGIADO

El término refugiado ha sido tradicionalmente delimitado por la definición contenida en el artículo 1, A) de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado, Ginebra, 1951:

«A los efectos de la presente Convención, el término «refugiado» se aplicará a toda persona:

2) *«...debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.»*

Las cinco causas clásicas para otorgar el estatuto de refugiado son: ser perseguido por razones de **raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas.**

Expertos de la Universidad de Naciones Unidas (UNU) ponen de manifiesto la necesidad de que la comunidad internacional defina y dé su apoyo a una nueva categoría de «refugiados»: aquellos que debido a graves problemas ambientales, como la elevación del nivel del

mar, la expansión de los desiertos, y las catástrofes por inundaciones, se ven obligados a migrar hacia el interior de su país o fuera de él y cuyo número puede alcanzar millones. Según sus predicciones, en 2010 cerca de 50 millones de personas se verán afectadas por los efectos del deterioro ambiental. Norman Myers predice unas cifras devastadoras, en los próximos cincuenta años contaremos con 150 millones de refugiados ambientales¹. Como problemas ambientales, algunos sectores proponen incluir los deterioros en el ecosistema derivada de la acción del hombre, fundamentalmente, la intervención de multinacionales en países con una deficiente estructura económico-social, con la concomitancia de las autoridades locales, que provocan alteraciones y cambios en el medio ambiente obligando al desplazamiento de los residentes en busca de otros recursos con los que subsistir.

La respuesta al status de las personas que se ven obligados a abandonar sus territorios y/o países por las alteraciones de su medio ambiente, no ha sido abordada de forma concreta por la comunidad internacional, únicamente se han articulado soluciones locales aplicando normativa internacional existente o creando marcos jurídicos «ex novo» (por ejemplo, Pacific Access Category²).

2. CONCEPTO «REFUGIADO AMBIENTAL»

La terminología para identificar a las personas que se ven obligadas a desplazarse de su lugar de residencia por razones ambientales, ha dado lugar a un gran debate. Tal es la situación, que Naciones Unidas, en concreto, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados no reconoce actualmente los términos «refugiados ambientales». ACNUR les denomina Personas Ambientalmente Desplazadas.

No obstante, el 9 de mayo de 1992 se firmó la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático³, cuyo espíritu es que las Partes (veinticuatro países desarrollados y quince en vías de desarrollo) protejan el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre la base de la equidad y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas

¹ Norman Myers, Oxford University: Environmental Refugees in a globally warmed world, BioScience, 43 (11), December 1993 and Environmental refugees: an emergent security issue». Organisation for Security and Cooperation in Europe www.osce.org

² PAC, Acuerdo negociado entre Nueva Zelanda e Islas del Pacífico- Tuvalu, Kiribati, Tonga, Fiji.

³ <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6907.pdf>

capacidades (Art. 3.1). Asimismo, se reconoce que las Partes tienen derecho al desarrollo sostenible y a las medidas para proteger el sistema climático contra el cambio inducido por el ser humano, de tal manera que las actuaciones deberían ser apropiadas para las condiciones específicas de cada parte y estar integradas en los programas nacionales de desarrollo (Art. 3.4).

A raíz de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, se adoptó el Protocolo de Kyoto de 11 de diciembre de 1997, con el fin de limitar la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera.

La normativa relacionada con el Cambio Climático no regula un concepto unívoco de «refugiado ambiental» internacionalmente reconocido, teniendo que acudir a instrumentos normativos regionales para encontrar referencias a la categoría de personas que serían susceptibles de protección internacional bajo los términos de «refugiado ambiental»:

2.1. Convención para el Gobierno de aspectos específicos de problemas de Refugiados en África, Addis Abeba 1969

El concepto de refugiado plasmado en la Convención, se define a partir de lo acordado por la Organización de la Unidad Africana (OAU), tomando como base la Carta de la Organización de la Unidad Africana y el contexto del continente africano. La definición de refugiado para el continente africano es más amplia que la recogida en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de Ginebra de 1951. El art. 1.2 de la Convención de Addis Abeba contiene una definición que permitiría incluir a los refugiados ambientales, siempre que los daños ambientales se consideraran derivados de la acción del hombre y se entendiera que provocan una alteración grave del orden público, el no poder desarrollar su vida en su entorno por causas externas ambientales, parece que supondría una grave alteración del orden público. El tenor literal del mencionado art. 1.2 de la Convención de Addis Abeba susceptible de interpretación en estos términos dice:

1.2 «El término «refugiado» también se utilizará para toda persona quien debido a agresiones externas, ocupación, dominación extranjera o hechos que alteran gravemente el orden público en cualquier parte de su país de origen o nacionalidad, se ve obligado a dejar su lugar habitual de residencia para buscar asilo en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad.»

2.2. La Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, 1984⁴

Desde el punto de vista de la región latinoamericana encontramos la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Destacable es su *Conclusión Tercera* donde se manifiesta que en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hacía necesario encarar la extensión del concepto de refugiado teniendo en cuenta la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (art. 1, párr. 2), y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En la *Conclusión Octava* llega incluso a proponer que los países afectos a la Declaración de Cartagena establezcan un régimen mínimo para los refugiados utilizando como base los preceptos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, la Convención Americana de los Derechos Humanos y las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR.⁵

El concepto de refugiado recogido en la Declaración contiene, además de los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, aquellos que consideren como refugiados a las **personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público**. Esta referencia genérica a circunstancias que perturben el orden público, ha sido interpretada como clave para incluir los refugiados ambientales.

2.3. Fuentes varias del concepto de refugiados ambientales

- El Programa de Naciones Unidas de Medio Ambiente (PNUMA)

El PNUMA en 1985 emitió un informe titulado «Refugiados Ambientales». En el citado Informe se les definía por primera y única vez, hasta ahora, en el marco de las Naciones Unidas como «aquellos individuos que han sido temporalmente desplazados a causa de peligros naturales o accidentes industriales, que han sido permanentemente desplazados por grandes proyectos económicos de desarrollo,

⁴ Adoptada por el «Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios», 19 al 22 de noviembre de 1984

⁵ N. 22 sobre la Protección a los Solicitantes de Asilo en Situaciones de Afluencia en Gran Escala.

o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos»⁶.

- La doctrina

Hay muchas propuestas para definir a los refugiados ambientales por parte de los autores, en aras de un principio de concreción reflejamos la propuesta por la profesora Dña. Susana Borrás:

»individuos que se han visto forzados a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocados por la actividad humana, como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida»⁷.

- La Iniciativa de Toledo en Refugiados Ambientales y restauración Ecológica, 2004.

La proliferación de situaciones que han generado desplazamientos por nacionales de países afectados por un cambio en su entorno, ha originado movimientos internacionales, entre otros, la Iniciativa de Toledo en Refugiados Ambientales y Restauración Ecológica, 2004⁸. Entre otras opciones, proponen: reivindicar que los términos «refugiados ambientales» deberían ser aceptados y adaptados para su uso en todas las lenguas; que se debería crear una base de datos con información geográfica, causas, magnitudes y otros básicos eventos; publicar información y websites actualizadas sobre la materia; lanzar campañas de marketing, de asistencia a víctimas y desarrollar programas de restauración ecológica.

- IV Informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático

El Cuarto Informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC)⁹, titulado «Cambio Climático 2007», llama la aten-

⁶ UNEP, ENVIRONMENTAL REFUGEEES, Prof. Essam el Hinnawi

⁷ «Refugiados Ambientales: El nuevo desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente», Prof. SUSANA BORRÁS PENTINAT.

⁸ HARRY WIJNBERG, Director de LISER, STUART M. LEIDERMAN, Director de Refugiados Ambientales y Restauración Ambiental

⁹ Integrado por expertos de la Organización Meteorológica Mundial (siglas en inglés, WMO) y del Programa del Medio Ambiente de Naciones Unidas (siglas en inglés, UNEP)

ción sobre la gravedad del tema porque en ausencia de medidas de mitigación por parte de los Estados, el cambio climático desbordará *probablemente*, a largo plazo, la capacidad de adaptación de los sistemas naturales, gestionados y humanos¹⁰. Cada vez mayor número de iniciativas reclaman, la necesidad de un reconocimiento y protección adecuados para los refugiados climáticos, no sólo porque se deban tener en cuenta los incrementos pronosticados de las alteraciones del medio ambiente que sufrirán diferentes zonas del planeta, sino porque dichas alteraciones ya son una realidad que están provocando que limes de personas se vean obligadas a huir de su país, o lugar de residencia para subsistir, como dato destacar que según informes de Naciones Unidas, en 2010 habrá cincuenta millones de desplazados por motivos medioambientales.

3. INSTRUMENTOS JURÍDICOS ACTUALES SUSCEPTIBLES DE APLICACIÓN A LOS «REFUGIADOS AMBIENTALES»

Al no existir una regulación expresa sobre la determinación y régimen de los refugiados ambientales, se han presentado dos vertientes: por un lado, quienes consideran que existen normas internacionales suficientes para dar una respuesta uniforme internacional, considerando que la regulación de esta categoría de personas sería un caso de aplicación e interpretación universal, y por otro, los defensores de redactar un Convenio que contenga de forma expresa y exclusiva, la relación entre medio ambiente y derechos humanos, en concreto, previendo la figura de los refugiados ambientales.

Actualmente, la relación entre medio ambiente y derechos humanos se la encontramos dispersa en distintas fuentes: normativa, jurisprudencia y costumbre.

3.1. Normas:

– La Declaración por excelencia y que sirvió de base fundamental para la redacción del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 1992 fue la **Declaración sobre Ambiente Humano de Naciones Unidas de 1972 (Declaración de Estocolmo)**, en concreto el **Principio 1** dice:

¹⁰ http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf, pág.73.

«El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras».

De forma específica responsabiliza a los Estados y Administraciones locales en sus respectivas jurisdicciones a la observancia de la adecuada explotación de su medio ambiente. El **Principio 17** establece que debe confiarse a las instituciones nacionales las tareas de planificar, administrar o controlar la utilización de los recursos ambientales de los Estados con el fin de mejorar la calidad del medio.

Finalmente, destacar la consagración de la responsabilidad nacional de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional para explotar los propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades se lleven a cabo en su jurisdicción bajo su control sin perjudicar el medio de otros Estados o zonas situadas fuera de toda zona jurisdicción nacional (Principio 21).

– **Declaración de la Haya sobre Medio Ambiente (1989)**, regula la relación entre turismo y entorno, plasmando en su Principio III como condición fundamental del desarrollo del turismo la integridad del medio natural, cultural y humano.

– **Especial importancia desempeño la denominada Declaración de Río de Janeiro (Declaración sobre Ambiente y Desarrollo de Naciones Unidas, 1992)**, por la regulación expresa del principio internacional «quien contamina paga».

Asimismo, en su Principio 4 consagra cómo con el fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.

Nuevamente se acude a instancias nacionales para la defensa y adecuado uso del medio ambiente, abandonando el nivel internacional a la hora de reclamar responsabilidades. El Principio 10 reconoce que los Estados deben facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo a disposición de la población la **información** necesaria sobre la materia. En esta línea el Principio 19 extrapola ese principio de información a los Estados transfronterizos que pudieran verse afectados por actividades que puedan ocasionar daños ambientales.

El antes mencionado principio de responsabilidad internacional de «quien contamina paga», se recogió en el Principio 16 donde se reconoce que las autoridades nacionales deberán procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

– Ahora bien el documento donde se vincula abiertamente a los derechos humanos y al medio ambiente es el **Informe del Relator Especial de Derechos Humanos y Ambiente de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**¹¹ en 1994. Propone, entre otras medidas, que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) y al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), trabajen conjuntamente para armonizar sus actuaciones en la protección de ambos sectores sin perjudicar el desarrollo sostenible de los países.

– Novedoso fue el **Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Convención Europea de Aarhus, 1998)**, suscrito por 35 países y la *Comunidad Europea* adopta un enfoque global cuyo fin es reconocer «que toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y bienestar, y el deber, tanto individualmente como en asociación con otros, de proteger y mejorar el medio ambiente en interés de las generaciones presentes y futuras».

– Especial mención merece la **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño** (Nueva York, 1989). El art. 24 consagra el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del ambiente.

– Sin perjuicio de lo anterior, existen **otros textos internacionales** que reconocen igualmente el derecho a un desarrollo sostenible integrado con un adecuado medio ambiente son:

- «La Carta Africana de los Derechos de las personas y de los humanos» (Banjul, 1991).
- «El Tratado para el Establecimiento de la Comunidad del Este de África».
- La Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

¹¹ El Informe Fatma Zohra Ksentini, UN. Doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, 6 de julio de 1994)

A pesar de todas las referencias legales internacionales mencionadas, pretendidas garantías del debido respeto entre el desarrollo humano y la explotación del medio ambiente, el uso indebido del entorno ha dado lugar a desplazamientos humanos migratorios nacionales y transfronterizos en la búsqueda de un medio de vida adecuado.

3.2. Jurisprudencia: Sistema de Protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas; Corte Europea de Derechos Humanos; Latinoamérica: Comisión Derechos Humanos y Corte e Interamericana de Derechos Humanos; África: Comisión Africana

La necesidad de generar algún tipo de protección ante las víctimas de la degradación ambiental, ha generado que los organismos internacionales hayan comenzado a aceptar casos de abusos ambientales.

El problema que se presenta es que en la actualidad sólo el Estado y la persona física son sujeto de derecho internacional de los derechos humanos, por tanto, una persona jurídica, la empresa, carece de responsabilidad directa internacional por violaciones de los derechos humanos.

No obstante, la jurisprudencia internacional ha reconocido la responsabilidad indirecta de la empresa mediante el reconocimiento de la responsabilidad directa del Estado que ha permitido el uso inadecuado del ecosistema. Así por la forma de actuar de la empresa se condenará, en su caso, al Estado que ha permitido la actividad dañina. El Estado a su vez podrá reclamar, dentro de su relación jurídico-comercial interna, directamente a la empresa.

– Casos ante el Sistema de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas conoció en 1984 del caso *Bernard Ominayak & The Lubicon Lake Band v. Canadá*¹². El Comité tiene carácter preventivo en la violación de derechos humanos. En este caso, los peticionarios, una comunidad indígena, alegaron que el Estado canadiense les había privado de sus derechos a su modo de vida y cultura, vulnerando lo establecido en el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al haber otorgado concesiones de explotación de petróleo y gas en las tierras per-

¹² Communication No. 167/1984, Decisions of the Human Rights Comité, UN Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 (1990).

tenecientes a la comunidad. Canadá para cumplir con la resolución no interrumpió la actividad empresarial, impidió su inicio.

- Casos ante la Corte Europea de Derechos Humanos

a) En el caso *Ana María Guerra y otros v. Italia*¹³ se planteaba el incumplimiento del Estado de su obligación de informar al público sobre el peligro y las medidas a adoptar en caso de accidente mayor, es decir, se discutía la violación del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por la forma de actuar del Gobierno italiano ante la polución generada por la empresa química «ENICHEM Agricultura» situada cerca al pueblo de Manfredonia, por los graves accidentes que podían ocurrir en la planta y la falta de regulación de las autoridades públicas.

La Corte Europea de Derechos Humanos dictó Sentencia¹⁴ acordando que no concurría vulneración del art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, porque sólo se había reconocido el mismo en los casos de libertad de prensa, es decir en aquéllos que se trataba la función de los periodistas de impartir información sobre temas de público y general interés. Sin embargo, consideró que si había existido vulneración del art. 8 que consagra el derecho a la familia y a la privacidad, porque el efecto directo de emisiones tóxicas había violado el derecho de los reclamantes a su vida privada y familiar.

b) *Zander v. Suecia*¹⁵, dirimía si se había negado recurso judicial a los afectados ante la amenaza de daños ambientales por el mal funcionamiento de una planta de tratamiento y depósito de residuos, es decir, el art. 6 de la Convención. Resolvió afirmativamente, consideró vulnerado ese derecho, y según el derecho sueco era posible para los afectados reclamar la protección contra la polución generada en las aguas cercanas a actividades de la empresa. La relevancia de esta teoría fue que las víctimas contarían con una herramienta judicial en el caso de que la empresa causante del daño pretendiera amparar su conducta en la autorización administrativa que le concedió la Administración correspondiente, y el fundamento es que no se puede mantener que se ha obtenido una autorización administrativa para DAÑAR, en caso de que la así fuera, el Estado debe responder. La Corte Europea reconoció la posibilidad al Estado de ratificar o anular la autorización administrativa que quebrantó estos derechos humanos.

¹³ Caso n° 14967/89, Guerra and Others v Italy, 1998-1, Sentencia de 19 de febrero de 1998.

¹⁴ ECHR, S. 19 Febrero 1998.

¹⁵ ECHR, S. 25 Octubre 1993.

c) En el caso *Balmer-Schafroth y otros v. Suiza* los peticionarios reclamaban igualmente que tenían derecho a la revisión judicial de la decisión administrativa que renovaba en este caso, el permiso para operar en una planta nuclear. Sin embargo, la Corte decidió que los peticionarios no establecieron una relación de causalidad entre las consecuencias del funcionamiento de la planta y su derecho a la integridad física. No obstante, la argumentación de los votos particulares que se apartaron de la sentencia, consideraron que debía primar el principio «precautorio» inspirador del derecho internacional ambiental.

d) *Caso López Ostra v. España*¹⁶: en este supuesto los reclamantes habían sufrido un grave daño a la salud por la contaminación de una planta de tratamiento de residuos de curtiembre que operaba al lado de donde vivían. En este caso, la Corte realizó un esfuerzo para armonizar el desarrollo económico con el uso adecuado del medio ambiente.

- En Latinoamérica

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

a) *Informe sobre Ecuador, 1997*¹⁷: debido a la actividad petrolera se estaba ocasionando graves perjuicios para la vida, la salud y la integridad física de los habitantes de la zona este y se solicitó al Estado que tomara medidas. Asimismo, instó al Estado a adoptar la legislación necesaria para la protección del ambiente y solicitar a las empresas que repararan los daños ambientales ocasionados y previniera los futuros, así como la adopción de los sistemas de difusión de información sobre temas ambientales y mayor transparencia y oportunidades de participación de las personas afectadas por la explotación.

b) *Caso Yanomami v. Brasil, 1985*¹⁸: se acordó que el Estado había violado los derechos a la vida, la libertad, la seguridad personal, la residencia y la salud de la comunidad indígena Yanomami al conceder la autorización para construir una autopista que atravesaba el territorio indígena.

¹⁶ ECHR, Sentencia de 9 de diciembre de 1994.

¹⁷ Inter-Am C.H.R., Report on the Situation of Human Rights in Ecuador, OEA/Ser. L/V/II.96, doc. 10 rev.

¹⁸ Case 7615 (Brazil) INTER-AM.CH.R, 1984-1985, Annual Report 24, OEA(Ser. L/V/II.66.doc.10 rev.1 (1985).

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

– *Caso Mayagna Sumo v Nicaragua*¹⁹ 1998: se discutía si la concesión a la empresa coreana SOLCARSA, S.A, para explotación forestal en territorio indígena, suponía vulneración o no de los derechos humanos de la comunidad. Se acordó la suspensión de cortes de madera por parte de la empresa y finalmente el Estado anuló el permiso concedido y la empresa debió retirarse de la zona, llegando la Corte a dictar sentenciar el reconocimiento legal del territorio para la comunidad.

– Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

En la **causa Center for Economic and Social Rights and Social and Economic Rights Action Center (SERAC) v. Nigeria** (155/96), se denunció que el gobierno militar de Nigeria era responsable de, entre otras cosas, violaciones del derecho a la salud, el derecho a disponer de la riqueza y los recursos naturales, el derecho a un medio ambiente limpio y los derechos de familia, debido a que condonaba y facilitaba las operaciones de empresas petroleras en tierras del pueblo Ogoni. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos resolvió que el gobierno nigeriano había violado el derecho a una vivienda adecuada en virtud de los artículos 14, 16 y 18.1 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Esta decisión no ha sido aplicada todavía.

3.3. La costumbre internacional: Caso Islas del Pacífico

La costumbre es otra fuente de derecho, también internacional, junto con las normas y la jurisprudencia.

Un precedente regional sobre reconocimiento de la existencia explícita de refugiados ambientales y la protección que podría serles ofrecida, lo encontramos en la solución acordada entre Nueva Zelanda —dado el rechazo de Australia a dar respuesta a la petición de los afectados— y los nacionales de cuatro islas del Pacífico que por razones del cambio climático, están avocadas a desaparecer. En concreto son las Islas de Tuvalu, Fiji, Toga y Kiribati, de hecho 3.000 nacionales de Tuvalu ya se han visto obligados a dejar sus casas.

Nueva Zelanda negoció en 2001 con dichas naciones un acuerdo denominado «Pacific Access Category» (PAC) para autorizar a los na-

¹⁹ Comunidad Indígena de Awas Tungni Mayagna (Sumo) vs. Nicaragua, Caso N. 11577.

cionales de dichas islas a moverse a zonas más seguras dentro de Nueva Zelanda. Cada país tiene asignada una cuota de ciudadanos a los que Nueva Zelanda otorgará la residencia cada año, existiendo importantes diferencias, a nacionales de Tonga y Fiji, 250 residentes serán reconocidos para cada uno anualmente, mientras que a Tuvalu o Kiribati, 75 respectivamente.

Ahora bien, dicho Acuerdo establece una serie de requisitos a cumplir por los nacionales que deseen optar por la residencia de Nueva Zelanda:

1. Edad: entre 18 y 45 años.
2. Trabajo: contar con una oferta de trabajo en firme.
3. Tener un nivel mínimo de inglés.
4. Tener unos ingresos mínimos si el solicitante tiene una persona dependiente a su cargo.
5. Contar con salud física y mental.
6. No tener antecedentes penales en Nueva Zelanda desde el 1 de julio de 2002.

El Acuerdo es una solución que al menos permite a los afectados, siempre que cumplan los requisitos señalados, excluyendo por tanto de aplicación a los niños, los mayores o los pobres, su reubicación territorial para seguir con sus vidas, si bien, ello no puede compensar que se vean privados de su nación. Así el Gobernador General de Tuvalu, Sir Tomasi Puapua, en la 57 Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Septiembre de 2002) señaló:

«Acogernos como refugiados ambientales no es lo que Tuvalu pretende a largo plazo. Nosotros queríamos que las islas de Tuvalu y nuestra nación permanecieran de forma permanente y no se vean sumergidas como resultado de la codicia e incontrolado consumo de los países industrializados.»

4. PROPUESTAS PARA EL FUTURO

4.1. Soluciones sustantivas o soluciones de procedimiento

Desde el punto de vista normativo hay dos escuelas, una defiende la necesidad de «soluciones sustantivas» a través de nueva legislación que reúna el derecho ambiental y los derechos humanos, mientras que la otra opta por «soluciones de procedimiento», facilitando los medios para denunciar vía administrativa o judicial.

Respecto al derecho sustantivo a aplicar, existen textos legales dirigidos a la protección del uso adecuado del medio ambiente y del desarrollo sostenible, sin embargo, faltan herramientas para hacerlos efectivos, a través de una mejora de los sistemas de control, tanto a nivel internacional, como nacional y local. Se considera que por su rapidez y efectividad las soluciones de procedimiento serían las más factibles actualmente.

Elementos que intervendrían en agilizar la aplicación de la legislación existente:

1. **Una liga de abogados a nivel internacional** que pudieran reclamar en el país de procedencia de la empresa causante del perjuicio, o en el que se está ocasionando el daño. Esta propuesta se funda en la experiencia existente hasta ahora, las empresas corrigen sus actuaciones cuando tienen una resolución administrativa, o judicial, nacional que les obligue a ello. La manera más efectiva de controlar el abuso del medio ambiente y las consecuencias que se derivan de ello para el modo de vida de los pueblos cercanos, es **eliminando la sensación de impunidad que pueda existir para los Estados o las compañías involucradas**. A tal fin aumentando o reforzando el ejercicio de acciones en vía administrativa y en su defecto, en vía judicial, se transmitiría una mayor presión sobre políticas que pueden ocasionar daños irreparables para el medio ambiente y los consecuentes éxodos de poblaciones.
2. A nivel internacional el órgano legitimado para esta labor de vigilancia, podría ser el **IPCC**, organismo fundamentalmente dirigido ahora a la constatación del Cambio Climático, o el PNUMA. En efecto, sería eficaz la **creación de departamentos dirigidos a controlar a los Estados sobre el cumplimiento o incumplimiento de la normativa medioambiental**, pudiendo utilizar mecanismos de denuncia internacional, como por ejemplo, iniciar un procedimiento judicial en el país infractor o del que sea la correspondiente empresa, y la consecuente reclamación por responsabilidad.

En los niveles **locales y nacionales**, sería necesario tanto aumentar el control sobre el cumplimiento de los requisitos en concesión de explotaciones, como potenciar y desarrollar los medios de información y participación de los pueblos afectados, sin olvidar la mejora en el acceso a las instancias competentes nacionales para reclamar contra irregularidades ambientales.

4.2. Necesidad de inversión para prevenir daños al ambiente

El desarrollo económico no puede justificar la injerencia externa en el modo de vida de los pueblos. La visión de los refugiados ambientales desde el aspecto económico ya ha sido puesta de manifiesto a través del **Informe Stern sobre la economía del cambio climático**²⁰. Es un informe sobre el impacto del cambio climático y el calentamiento global sobre la economía mundial, redactado por el economista Sir Nicholas Stern por encargo del gobierno del Reino Unido fue publicado el 30 de octubre del 2006, con 700 páginas de extensión, representando un hito histórico al ser el primer informe encargado por un gobierno a un economista en lugar de a un climatólogo.

Sir Nicholas Stern concluye afirmando que se necesita una inversión equivalente al **1% del PIB** mundial para mitigar los efectos del cambio climático y que de no hacerse dicha inversión, el mundo se expondría a una recesión que podría alcanzar el 20% del PIB global. El informe también sugiere la imposición de **ecotasas** para minimizar los desequilibrios socioeconómicos, afirmando que:

«Nuestras acciones en las décadas inmediatamente venideras pueden implicar el riesgo de una disrupción de la actividad económica y social durante el resto de este siglo y el siguiente, de una escala parecida a la de las grandes guerras y la Gran Depresión.»

Un ejemplo de la necesidad de inversión para preservar el medio ambiente y en consecuencia nuestro medio de vida, es el caso del Mar de Aral. Se encuentra situado entre Uzbekistan y Kazakhstan, alimentado por dos caudalosos afluentes, Amu Daria y Syr Daria. Hasta 1960 era un gigantesco lago de agua dulce. La construcción de un canal de 500 km de longitud por decisión de la entonces Unión Soviética, con el fin de proporcionar riego a los campos de algodón de la zona, se comenzó a minar el caudal de los ríos y por tanto, disminuir el nivel del Mar. Todo ello unido a los fertilizantes y productos químicos utilizados en las explotaciones algodoneras acabaron por alterar el ecosistema. El mayor índice de mortalidad infantil de la antigua URSS se daba en esa zona. En 1990 se firmó un acuerdo entre los países de la zona y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente para salvar el Mar de Aral, que no se ha puesto en marcha con eficacia porque exige grandes inversiones económicas y los países de la zona no pueden afrontarlas.

²⁰ Stern Review on the Economics of Climate Change, 2006.

4.3. Instrumentos de adecuada información y participación

La necesidad de reforzar y mejorar los instrumentos que faciliten la información a los ciudadanos en materia del uso del medio ambiente y su relación con el derecho a la vida, dada la importancia que a nivel preventivo dicho acceso a la información tendría, ayudando a evitar más muertes tras un accidente con agentes tóxicos, por ejemplo, o un mayor deterioro del ecosistema afectado, se ha reconocido, entre otros, tras la existencia de dos accidentes graves que tras años de haberse producido extienden sus efectos: Informe de la Organización Mundial de la Salud, 2005 sobre la situación tras el accidente de Chernóbil (1986), y en los informes tras el accidente en la planta Union Carbide India en Bhopal (1984).

La falta de información y participación ciudadana adecuadas, ha sido objeto de un análisis concreto para la región de Latinoamérica²¹. Como respuesta, el sistema interamericano defiende incorporar dentro de la normativa medioambiental, principios propios de los derechos humanos, véase, principio de no discriminación, principio de participación social. De esta manera, el sistema de derechos humanos, se vería reforzado por la sinergia con la temática medioambiental, que permitiría extender el ámbito protectorio de los derechos humanos y generar soluciones concretas para casos de abusos. El derecho del medio ambiente, posiblemente por ser de más reciente creación, o por los intereses económicos afectados, se desenvuelve a nivel interestatal hasta ahora en la zona, careciendo de canales para la participación de la sociedad civil, individuos y ONGs, de ahí que sea imprescindible articular una estructura que permita la participación del ciudadano, y facilite el acceso para la denuncia y control.

4.4. Designación de zonas neutrales entre países donde se alojaran campamentos base en el caso de producirse un desastre natural

De importancia estratégica sería la determinación de zonas «seguras» en caso de desastres naturales. Dos aspectos serían fundamentales:

1. El estudio y elección dentro de las zonas con más tendencia a desastres naturales a establecer una zona «segura»,

²¹ «Una Nueva Estrategia de Desarrollo para las Américas desde los derechos humanos y el medio ambiente», Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente, Marzo de

en las regiones más cercanas posibles. A tal fin, los organismos UNEP junto al IPCC tendrían capacidad operativa y de medios (sólo el IPCC cuenta con 2.000 expertos en clima), para establecer áreas dentro las diferentes zonas de mayor riesgo de desastres naturales o que estén siendo más dañadas por el uso indebido del medio ambiente. Una vez señaladas, se podrían establecer campamentos base temporales bien comunicados, con la aquiescencia de los países involucrados, para dar una primera respuesta ante situaciones humanitarias.

2. Desarrollo de las relaciones internacionales y de los órganos diplomáticos. Si existiera conflicto entre países vecinos, se hace necesaria la intervención de un organismo internacional neutral capaz de mediar si fuera necesario, autoridad internacionalmente reconocida, agencias de las Naciones Unidas.

4.5. Reconocimiento de protección subsidiaria

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas, Excmo. Sr. D. Antonio Guterres ya ha reconocido que se debería crear un mecanismo que ofrezca protección temporal en casos de desplazados medioambientales.

Las causas para otorgar el Estatuto de Refugiado están tasadas como enunciamos anteriormente e la Convención de Ginebra de 1951: fundados temores de ser perseguido por razones, de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social, opinión política en el país de su nacionalidad.

Ante la imposibilidad de incluir otros supuestos que provocan desplazamientos masivos, como conflictos armados o desastres naturales, una opción para estos casos es la protección subsidiaria por «razones humanitarias».

El reconocimiento de la protección internacional para las personas obligadas a desplazarse, se articula a nivel internacional, en una **Declaración de Principios del Informe del Comité Económico y Social de Naciones Unidas**, de 2002, denominada «Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos»²². La particularidad de la misma para el caso que nos ocupa es que sus principios en caso de desplazamientos arbitrarios de población dentro del propio país, sirven de guía para los desplazamientos trasfronterizos.

En efecto, en el art. 6 de «Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos»:

2002.

mientos Internos» se dice expresamente que todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o lugar de residencia. Asimismo, dentro de los prohibidos señala, los producidos por proyectos de desarrollo en gran escala que no estén justificados por un interés público superior o primordial.

Su ámbito de eficacia es para regular los casos de desplazamientos internos, y por tanto, atribuyendo la responsabilidad de la asistencia humanitaria a los propios países dentro de los cuales se están produciendo los desplazamientos. Ahora bien, sus principios reguladores serían extensibles a casos de desplazamientos internacionales, destacando los derechos de los desplazados internos contenidos en el art. 15: «a) buscar seguridad en otra parte del país; b) abandonar su país; c) solicitar asilo en otro país; d) recibir protección contra el regreso forzado o el reasentamiento en cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y salud se encuentren en peligro.»

La protección humanitaria por razones humanitarias en Europa se regula en la **Directiva 2001/55/CE del Consejo de 20 de julio de 2001 plasma las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida**, donde se establece un sistema de protección durante un año para personas desplazadas que hayan abandonado su país o hayan sido evacuados por organizaciones internacionales y que pudieran caer eventualmente en el ámbito del art. 1 A) de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales, en particular para las personas que hayan huido por conflicto armado o por estar expuestas a una violación sistemática de sus derechos humanos.

¿La imposibilidad de vivir en su entorno por desastre naturales o por injerencia de países o empresas extranjeras representaría una violación sistemática de su derecho a la vida, dignidad, determinación, medio ambiente y desarrollo sostenible?

En caso afirmativo, toda persona que alegara causas medioambientales para solicitar la protección subsidiaria por razones humanitarias, se le debería reconocer al amparo de la mencionada **Directiva 2001/55/CE**.

Por otro lado, la **Directiva 2004/83 del Consejo de 29 de abril de 2004 establece las normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida**, dictada dentro del marco del Sistema Europeo Co-

mún de Asilo surgido a raíz de la reunión de Tampere en 1999.

El **art. 2 e) de la Directiva 2004/83** da contenido a la protección subsidiaria en los siguientes términos:

«e) persona con derecho a protección subsidiaria: nacional de un tercer país o apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresare a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15, y al que no se aplican los apartados 1 y 2 del artículo 17, y que no puede o, a causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país».

Respecto los artículos mencionados, destacamos que en el art.17 establece los casos que quedan excluidos de opción a la protección subsidiaria, las personas que hayan cometido un delito o hayan realizado actuaciones contrarias a los principios de las Naciones Unidas o constituyan un peligro para la comunidad.

Por otro lado, el **art. 15 de la Directiva 2004/83**, donde se recogen los requisitos objetivos para solicitar la protección subsidiaria, señala que podrán solicitarla aquellas personas que se vean amenazadas por daños graves y :

«Constituirán daños graves:

- a) *la condena a la pena de muerte o su ejecución, o*
- b) *la tortura o las penas o tratos inhumanos o degradantes de un solicitante en su país de origen, o*
- c) *las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física de un civil motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto armado internacional o interno».*

Es una enumeración tasada, donde no se recoge ninguna referencia a supuestos de huida de su lugar de residencia en el país cuya nacionalidad ostenta, por razones de imposibilidad de subsistencia derivada del abuso que se haya realizado del medio ambiente o por consecuencias del cambio climático. No obstante, podría estudiarse el incluir un apartado expreso que recogiera la causa ambiental para otorgar al menos protección subsidiaria por razones humanitarias.

Si finalmente se reconociera expresamente la causa ambiental o se interpretara que dentro de la violación sistemática de los derechos humanos contenida en la citada Directiva 2001/55/CE, se incluiría las situaciones derivadas de alteraciones medioambientales, las leyes europeas de Asilo respectivas tendrían que adaptarse a la nueva refe-

rencia.

Por ahora, en España la protección subsidiaria se contiene en el **art. 17.2 de la Ley de Asilo 5/84** (modificada por la Ley 9/94, y actualmente pendiente de aprobación por las Cortes el nuevo Proyecto de Ley de Asilo).

El art. 17 de la todavía vigente Ley 5/84 señala:

- »1. *La inadmisión a trámite o la denegación de la solicitud de asilo determinarán el rechazo en frontera o la salida obligatoria o expulsión del territorio español, según los casos, del extranjero si careciera de alguno de los requisitos para entrar o permanecer en España de acuerdo con la legislación general de extranjería.*
2. *No obstante lo dispuesto en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo 3 de esta Ley.»*

La respuesta a las movilizaciones de «refugiados ambientales» es un asunto de emergente seguridad, tanto en los países donde se está ocasionando la alteración del ecosistema, como en los países receptores de los nacionales desplazados²³ que se verán obligados, entre otras, a adoptar soluciones como la negociada entre Nueva Zelanda y las Islas del Pacífico, para ubicar a las personas obligadas a abandonar sus países por el cambio climático.

EL DAÑO DERIVADO DE LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU GRADUACIÓN A EFECTOS INDEMNIZATORIOS¹

POR
RICARDO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ
MAGISTRADO

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU IMPORTANCIA EN EL ÁMBITO MÉDICO. 2. REQUISITOS PARA UNA CORRECTA INTERVENCIÓN MÉDICA. 2.1. Que la intervención sea médicamente indicada. 2.2. Que se realice conforme a la *lex artis ad hoc*. 2.3. Que se lleve a cabo con el consentimiento informado del paciente. Capacidad. Momento. Libre. Reconocible. Informado. Requisitos de la información. 3. INFORMACIÓN PREVIA BÁSICA AL CONSENTIMIENTO INFORMADO. 3.1. Contenido de la información. 3.2. Características de esta información. 3.3. Forma en que ha de prestarse esta información. 3.4. Consecuencias de la falta de información. Pronunciamentos jurisprudenciales: consentimiento desinformado. 3.5. Excepciones al deber de informar. 4. EL CONSENTIMIENTO. 4.1. Capacidad. 4.2. Momento de prestarlo. 4.3. Libre (sin vicios de la voluntad). 4.4. Forma. 4.5. Excepciones al deber de obtener el consentimiento informado. 4.6. Supuestos conflictivos. 4.6.1. Huelga de hambre. 4.6.2. Transfusiones de sangre. 4.6.3. Eutanasia. 5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO. 6. SUPUESTOS CONCRETOS EN QUE LA FALTA O DEFICIENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DA LUGAR A UNA INDEMNIZACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SU IMPORTANCIA EN EL ÁMBITO MÉDICO

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, básica en esta materia, regula en su capítulo IV, bajo la rúbrica «*el respeto a la autonomía del paciente*», el *consentimiento informado* además de las *instrucciones previas*.

Supone esta ley una evolución natural de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en esta materia deroga, primigenia ley que pretendió fijar los principios de una nueva relación médico-enfermo, apartándose del carácter paternalista vigente hasta la fecha²

¹ Artículo basado en la ponencia dada en el XV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, celebrado en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2008.

² El modelo paternalista supone que la decisión que debe tomar el paciente depende de la información que el médico le dé y, por mucho que éste le explique, jamás conseguirá participarle todo su conocimiento y experiencia, por lo que la decisión que el paciente tome siempre será de menor calidad que la del médico, por lo que el médico se pone en la posición del paciente, tomando la decisión en su nombre, limitándose la información a aquella

para ir hacia una relación basada en el principio de autonomía de la persona. El ciudadano cambia su condición de mero enfermo para pasar a ser considerado usuario de los servicios sanitarios, nueva situación ésta en la que consecuentemente resalta el derecho a la información sanitaria. Esto es, el paciente y sus derechos se configuran como los protagonistas.

En este sentido, el paciente se convierte en un usuario de los servicios sanitarios y la información al paciente viene a constituir el eje fundamental en el que articular un verdadero consentimiento. El consentimiento informado sería el último eslabón de ese derecho a la información de los usuarios: prestar el consentimiento después de haber obtenido la información precisa y suficiente. El titular del derecho a la información es el propio paciente, único legitimado, en principio, para consentir.

Y así también, las organizaciones internacionales con competencia en la materia mostraron interés por el desarrollo de este derecho, el cual dio lugar al *Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la biomedicina*, que fue suscrito el 4 de abril de 1997, y entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. Es el primer instrumento internacional en el que se establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad en el campo de la biología y la medicina, tratándose el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas.

La vigente Ley 41/2002, derivada de la ratificación del anterior Convenio Internacional, completa las previsiones que la Ley General de Sanidad enunció como principios generales, estableciendo, como reza su Exposición de Motivos que «... el derecho a la información, como derecho del ciudadano cuando demanda la atención sanitaria, ha sido objeto en los últimos años de diversas matizaciones y ampliaciones por leyes y disposiciones de distinto tipo y rango, que ponen de manifiesto la necesidad de una reforma y actualización de la normativa recogida en la Ley general de sanidad».

Conforme a la citada ley, en su art. 3, define el CI como «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en

que el paciente pueda asimilar sin producirle un sufrimiento que equivaldría a empeorar su situación. Otros modelos de relación médico/paciente son: el informativo (el médico le facilita al paciente, de forma aséptica, todos los datos que tenga para que éste resuelva); el modelo interpretativo (el médico facilita al paciente la información en términos que éste pueda entenderlos y le va guiando hasta llegar a la realidad de su enfermedad y de las medidas a tomar) y el modelo deliberativo (ambos, médico y paciente, en relación de igualdad, ponderan las acciones posibles, atendiendo a sus valores —religiosos, morales o éticos— y analizan las consecuencias de cada acción).

el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud» (art. 3).

¿Qué supone esto? Que el paciente por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica no pierde su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud. De este modo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente.

El TS, Sala Primera, ha catalogado el CI como un derecho humano fundamental. Así en SS 12 ene y 11 may 2001 ha entendido que forma parte del «derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo», y que es «consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia».

2. REQUISITOS PARA UNA CORRECTA INTERVENCIÓN MÉDICA

Para que una intervención médica sea correcta conviene recordar que es necesario la concurrencia de tres requisitos:

2.1. Que la intervención sea médicamente indicada

Algo obvio que no necesita más comentarios.

2.2. Que se realice conforme a la *lex artis ad hoc*

Esto no supone que el médico no pueda apartarse a las reglas médicas por cuanto la medicina es una ciencia en constante evolución. Esto es, para la existencia de una negligencia profesional médica es necesario, pues, que el médico actúe en el desempeño de las funciones que son propias de su especialidad o titulación y que realice su intervención con olvido o menosprecio de las reglas técnicas o *lex artis* que presiden el desempeño de una actividad profesional.

2.3. Que se lleve a cabo con el consentimiento informado del paciente

Con carácter general, el art. 8 de la Ley previene que «*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias*». Con ello, en principio, no establece una delimitación de actuaciones afectadas por esta exigencia previa de recabar el consentimiento informado y, por otro lado, liga el consentimiento a la previa información. En pura lógica, la toma de una decisión, en este caso sobre el sometimiento a un tratamiento o intervención médica, exige conocer la información necesaria para decidir si le conviene y quiere.

Ahora bien, sólo cabrá estimar la existencia de un consentimiento válido si el que consiente está perfectamente informado.

3. INFORMACIÓN PREVIA BÁSICA AL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Para que el paciente o quien vaya a ser sometido a una intervención médica preste su consentimiento es necesario que se le informe previamente.

3.1. Contenido de la información

El contenido mínimo de la información, previo al consentimiento, viene dado por el art. 4.1 Ley 41/02, al establecer que deberá consistir en «*la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*». Y así el art. 10 prescribe que la información básica que debe suministrarse al paciente, para recabar el preceptivo «consentimiento informado» previamente a una intervención o tratamiento, ha versar sobre:

- «*las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad*»;
- «*los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente*»;
- «*los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención*»;
- *las contraindicaciones.*

En todo caso, para calibrar el grado de información que debe recibir el paciente, debemos atender siempre a la finalidad perseguida con ella. La información, en este caso, está en función del consentimiento: para que éste pueda ser prestado libremente y con conocimiento de causa es preciso que el enfermo conozca lo esencial y en los términos más comprensibles posibles, que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar —entre las que se encuentra la no intervención—, así como los riesgos asociados a cada una de ellas.

Esta información se suministra en términos de probabilidad, pues no puede existir una certeza absoluta acerca de las consecuencias derivadas de cada una de las posibles opciones, y en un grado que pueda ser asumido por el paciente. De lo contrario, una información desproporcionada o en términos incomprensibles para el paciente, puede provocar su embotamiento y que, a pesar de haber leído y/o oído la información médica, haya prestado su consentimiento sin hacerse cabal idea de su conveniencia para él, saturado por la información (TS3ª S 3 octubre 2000).

En los supuestos de actuación médica facultativa o voluntaria (cuales serían, por ejemplo, la cirugía plástica, la vasectomía o la esterilización en los que se persigue un resultado y la actuación médica no vienen condicionada por la preexistencia de una enfermedad o patología que requiere la conveniencia y/o necesidad de una intervención o actuación médica para su diagnóstico o tratamiento), la información debe ser mucho más completa, pues no siendo necesaria la intervención para recuperar o mantener la salud, el paciente debe ser plenamente consciente del riesgo que asume con la intervención, no sólo del previsible e inherente a la intervención concreta a que se somete, sino también del general de cualquier intervención hospitalaria.

3.2. Características de esta información

Para la jurisprudencia (vid., entre otras, TS, S1ª S 27 abr 2001 y S3ª 4 abr 2000) esta información habrá de ser:

- Exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente;
- Ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen.

- Ha de tratarse de información correcta, veraz y leal.
- Y ha de ser realizada de forma clara y comprensible para el enfermo o los familiares que deben prestar el consentimiento en su representación.

Sólo si la información facilitada por el médico reúne estas características el paciente conformará el consentimiento debidamente informado; esto es, el que operará en el ámbito de su libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad: de si se le interviene o no.

En definitiva, la información tiene que ser completa y referirse tanto al diagnóstico como al pronóstico, a las alternativas del tratamiento, e, incluso, a los medios con los que cuenta el Centro hospitalario en el que se va a realizar la intervención (esto es, si son adecuados para su realización y sus posibles complicaciones; por ejemplo, si se va a realizar una operación con empleo de anestesia, si cuenta el Centro con una Unidad de Cuidados Intensivos —UCI— o, solo, con independencia del nombre, cuenta con una unidad de reanimación). Ello no implica, por el contrario, como se ha dicho algunas veces, que entre las obligaciones del médico esté la de dar un curso abreviado de medicina a cada paciente: el paciente es profano y debe ser instruido, como hemos señalado, en lenguaje claro y comprensible³.

3.3. Forma en que ha de prestarse esta información

La información, como regla general, ha de proporcionarse al paciente de forma verbal, dejando constancia de la misma en la historia clínica (art. 4.1). No obstante, al tratarse de un deber del responsable sanitario (la carga de la prueba de la información que se prestó y el contenido de la misma recae sobre el Centro y el personal), resulta muy conveniente y recomendable que la emisión de esta información conste por escrito.

Pronunciamientos jurisprudenciales:

- La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, según la jurisprudencia, mero valor *ad probationem* (TS S1^a SS 2 oct 1997, 26 en el 1998, 10 nov 1998 y 2 nov 2002).

³ La información debe abarcar según JORGE BARREIRO (op. cit bibliografía, pág. 29), «el motivo, la urgencia, el alcance, la gravedad, los riesgos, la modalidad, las consecuencias y posibles efectos secundarios de la intervención proyectada y las eventuales alternativas de tratamiento y sus costes».

- Recae la carga de la prueba de la información sobre el médico (TS S1^a SS 25 abr 1994, 16 oct, 10 nov y 28 dic 1998, 19 abr 1999, 7 mar 2000, 12 ene 2001 y 2 jul 2002).
- Se permite la información meramente verbal (TS S1^a S 2 jul 2003 declara cumplido el deber de informar al paciente, con carácter previo a la intervención quirúrgica, realizado oralmente y no por escrito).
- En alguna supuesto en que el documento firmado por el paciente contenía un reconocimiento genérico de haber sido informado, el tribunal ha entendido que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta sea insuficiente, se desplaza al firmante, al paciente (TS S3^a S 27 nov 2000).

3.4. Consecuencias de la falta de información. Pronunciamientos jurisprudenciales: consentimiento desinformado

Los defectos en esta información dan lugar a que de prestarse el consentimiento este se encuentre viciado, al no conocer el paciente las consecuencias de la intervención, los riesgos y las contraindicaciones. Es un consentimiento prestado sin conocimiento de causa y, por ello, ineficaz. Así:

- Si no llega a advertirse de riesgos y alternativas, se trataría de un *consentimiento desinformado*, como lo califica en ocasiones la jurisprudencia y, por ello, sin valor alguno, asumiendo el facultativo el riesgo de la intervención en lugar del paciente (TS S1^a SS 26 sep y 7 mar 2000 y 2 jul 2002 y S3^a 4 abr 2000).
- En caso de recidivas, enfermedades crónicas o evolutivas, se exige que la información alcance a la necesidad de someterse a análisis y cuidados preventivos (TS1^a S 25 abr 1994).
- Se considera información deficiente o defectuosa la falta de información sobre tratamientos alternativos (TS1^a S 23 abr 1992).
- La responsabilidad no debe abarcar la falta de información de riesgos extraordinarios, de forma que no cabría apreciar responsabilidad por falta de información de riesgos mínimos, atípicos, imprevisibles o infrecuentes (TS^o 1^a S 21 dic 1998).

3.5. Excepciones al deber de informar

Existen dos supuestos en el que la infracción del deber de información al paciente no conllevará responsabilidad alguna por parte del paciente:

- La renuncia del paciente a ser informado, reconociendo el art. 4.1 Ley 41/2002 el derecho del paciente a no ser informado. Esta renuncia debe documentarse, además de ser necesario la obtención del consentimiento para la realización de la operación médica (una cosa es no querer ser informado y otra muy distinta es prestar o no el consentimiento a la intervención médica).
- En situaciones de urgencia, en las que el sujeto pasivo se encuentre inconsciente o sin capacidad para comprender la información que se le pudiera facilitar, sin posibilidad material y/o temporal de acudir a familiares o allegados. Prima en tales casos la urgencia vital del momento frente al derecho del paciente a ser informado. Son supuestos en que la demora de la intervención para dar información puedan ocasionar lesiones irreversibles en el enfermo.

4. EL CONSENTIMIENTO

Reciba la información reseñada *ut supra*, debe procederse a prestar el consentimiento por el sujeto pasivo o paciente, que el art. 3 de la Ley 41/2002, ya referido, define como «*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud*».

Y también hemos dicho que el paciente tiene derecho a conocer, a efectos de decidir lo que quiere y crea por conveniente, sobre los siguientes extremos (a los que, por tanto, se extenderá el consentimiento informado):

- el diagnóstico de su enfermedad,
- las consecuencias de la misma, y
- los posibles tratamientos y sus efectos

4.1. Capacidad para prestar el consentimiento

Respecto a la capacidad para prestar el consentimiento, debe ser la suficiente para comprender la situación en la que consiente.

4.2. Momento

Respecto al momento que ha de ser prestado el consentimiento, debe ser, lógicamente, con anterioridad a la acción del médico y man-

tenerse cuando ha sido iniciada la ejecución de la acción, por cuanto el consentimiento hasta la ejecución de la acción es revocable.

4.3. Libre (sin vicios de la voluntad)

El consentimiento debe ser prestado libremente, sin vicios que lo invaliden, por cuanto el consentimiento prestado mediante coacción es ineficaz.

4.4. Forma

Igualmente, debe ser el consentimiento prestado reconocible externamente de algún modo. Esto es, es necesario que el médico que actúa tenga conocimiento del consentimiento (no basta con que éste concorra).

La ley básica, en su artículo art. 8.2 advierte que la forma de prestar el consentimiento no siempre debe ser escrita:

- La regla general será la oralidad, aunque no se dice si el consentimiento debe ser expreso o tácito. Aplicando la doctrina general sobre la voluntad en la perfección de los negocios y la teoría de los actos propios, debe entenderse que los actos concluyentes de consentir en el tratamiento o intervención, bastarán para considerar cumplido el requisito del consentimiento informado. Aunque estos actos deben ser concluyentes de que prestó su consentimiento con conocimiento de causa.
- La especialidad es la necesidad de transcribir por escrito el consentimiento, en los siguientes casos:
 - Intervención quirúrgica.
 - Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.
- Y, en general, en la aplicación de los procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

4.5. Excepciones al deber del médico a contar, previamente a la intervención, con el consentimiento informado del paciente

Se regula en el art. 9.2 de la ley los casos en los que el médico puede llevar a cabo la intervención indispensable a favor de la salud del

paciente sin necesidad de contar con su consentimiento previo y expreso. Son los siguientes casos:

- Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. Se trata de aquellos supuestos en los que la no intervención suponga un grave riesgo para la salud pública, donde se da primacía a los intereses colectivos frente a los individuales (enfermedades infectocontagiosas y pandemias), pudiendo adoptarse medidas preventivas (vacunaciones obligatorias, prohibición de acceso a determinados lugares) o tratamientos obligatorios, los cuales pueden conllevar el internamiento temporal, en cuarentena o permanente. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la LO 3/1986 (sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Se refiere a las denominadas «situaciones de urgencia vital», entendiéndose que existe «un consentimiento implícito o presunto».

Sería el supuesto en que la tardanza en la obtención de asistencia pusiese en peligro la vida o la curación del enfermo entendida como pérdida grave e irreparable de la salud —órganos o miembros fundamentales— (vid., entre otras, TS1ª SS 6 jul 2000 y 23 ene 20 nov 2001).

4.6. Supuestos conflictivos: Huelga de hambre. Transfusiones de sangre. Eutanasia.

4.6.1. Huelga de hambre

Al respecto ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TC con ocasión de la alimentación forzosa a los presos, huelguistas de hambre, de la organización terrorista GRAPO y la AN, Sala de lo Penal, respecto de la huelga de hambre del miembro de ETA De Juana Chaos (Secc Primera AA 28 ago y 20 sep 2006 y Pleno AA 25 ene y 8 feb 2007).

Así la AN, Sala de lo Penal, Secc Primera A 27 ene 2007, recogiendo la doctrina del TC (SS 120 y 137 de 1990, de 2 jul y 19 jul y 11/1991, de 17 ene), estableció que «... se ha reiterado por el Tribunal

ya en diversas ocasiones (AA 28 Agosto, 14 y 20 Septiembre y 24 Noviembre, entre otros), que los derechos constitucionales de las personas privadas de libertad -sea por cumplimiento de condena, sea por prisión preventiva (como es del caso que nos ocupa)- pueden ser objeto de limitaciones al existir una relación de especial sujeción entre el interno y la Administración que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos, entre los que destaca el esencial deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos, imponiendo limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales de aquel interno que, por el riesgo de su vida en que voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección, acordándose la alimentación forzosa del preso ante su actitud de huelga de hambre, actuándose con el respeto de su dignidad como ser humano estando actualmente ingresado en Centro hospitalario».

A continuación la AN dictamina el protocolo de actuación en tales supuestos:

- Actividad pasiva, expectante, de la Administración, en tanto en cuanto no se ponga en grave peligro la vida o la salud del interno, debiendo informarle de las consecuencias de su acción —o, mejor dicho, de su no acción—⁴.
- Una vez que los médicos diagnostican que, de no ingerirse alimentos por el huelguista de forma inminente se puede producir su óbito o graves perjuicios para su salud, se procede a acordar su alimentación forzosa⁵.

Vemos pues que, en definitiva, en tales casos, prima el deber de la Administración de velar por la vida, integridad y salud del interno —con el consiguiente deber de adoptar las medidas necesarias para protegerlos— que el derecho de éstos a disponer libremente de su salud y, por ende, de su vida.

⁴ AN; Secc Primera, A 28 ago 2006, «...el interno tiene derecho a conocer, en todo momento, su situación real y los peligros que para su vida pudieran derivarse de la continuación de su huelga de hambre».

⁵ AN, Secc Primera, A 20 sep 2006, «Se acuerda: 1º. Procédase por la fuerza pública o, en su caso, por funcionarios de Instituciones Penitenciarias si se hallare en el Centro Penitenciario, al empleo de la mínima fuerza exigible para su inmovilización si fuere necesario para la administración de la terapéutica y alimentación adecuadas por indicación médica. 2º. Si fuere posible y como vía menos invasiva, procédase a la administración de sedantes y/o relajantes conforme al protocolo médico de actuación al huelguista si la misma fuese compatible con el tratamiento médico indicado, debiendo en su caso, si fuere necesario y por indicación médica, proceder al empleo de la mínima fuerza en los términos del apartado anterior».

4.6.2. Transfusiones de sangre

En los casos de transfusiones de sangre acordadas contra la voluntad del paciente existe un ataque a su libertad religiosa (art. 16 CE) y a su libertad personal.

Son los supuestos de los *Testigos de Jehová* que, frecuentemente, aparecen en los medios de comunicación en los que se niegan a la práctica de transfusiones de sangre y la vida de su hijo estaba supeditada a la aplicación de un tratamiento hemotransfusional, estableciéndose por la jurisprudencia⁶ que la libertad de conciencia y de religión no se garantiza de forma absoluta e incondicionada y que en caso de colisión con otros derechos fundamentales, también protegibles, se encuentra limitada en una ponderación en conflicto donde prima la vida sobre cualquier negativa u oposición.

4.6.3. Eutanasia

Supuesto delicado y de rabiosa actualidad⁷. Hemos de partir, para su análisis, de que la concurrencia del consentimiento informado del

⁶ TS2ª SS TS 2.ª SS 27 mar 1990 y 27 jun. 1997. En esta última se recoge textualmente que «... Ciertamente, la capacidad de culpabilidad de los acusados se ha visto seriamente mermada, en el caso, por el conflicto de conciencia que se les presentó, al tener que optar entre el respeto a sus convicciones religiosas —testigos de Jehová—, que les prohíben la práctica de transfusiones de sangre, y la vida de su hijo, cuya salvación estaba supeditada a la aplicación de un tratamiento hemotransfusional. La jurisprudencia ha apreciado la circunstancia atenuante del art. 9.8 CP —actual art. 21.3 CP 1995— (arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad) como muy cualificada en un supuesto de testigos de Jehová, declarando que el dogmatismo y la rigidez de los esquemas morales que da, en la indicada opción religiosa, un valor absoluto al consentimiento, con preeminencia de la libertad de conciencia sobre el derecho a la vida, y un ferviente y radical altruismo, conformado por dichas creencias, que autoriza a poner en riesgo o a sacrificar la vida de los fieles por razones trascendentes que surgen de una particular exégesis de los Textos Sagrados, pueden conducir, y de hecho conducen, a una ofuscación del raciocinio y a la pérdida del pleno dominio de la voluntad, a un estado pasional caracterizado por el disturbio psicológico derivado del aludido orden de valores que merman o recortan la capacidad de culpabilidad del sujeto. Doctrina que es perfectamente aplicable al supuesto examinado, máxime cuando la perturbación es aún más intensa al estar en juego la vida de un hijo, cuya muerte de ningún modo deseaban, como se patentiza por los denodados esfuerzos que hicieron para encontrar soluciones alternativas, a pesar de que se les había informado que no existían. La seria afectación de su capacidad para conocer lo injusto del hecho y para conducir su comportamiento hacia esa comprensión determina que esa circunstancia deba ser apreciada igualmente como muy cualificada, acorde con lo que se dispone en el art. 66 CP 1995, por lo que procede imponer la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley».

⁷ AP Madrid, Sección 17ª, A de 21 Ene. 2008 «Caso Hospital Severo Ochoa», en que se acordó el sobreseimiento (archivo) de la causa) al entender que el nexo causal entre las posibles malas prácticas y el fallecimiento de los pacientes no se pudo averiguar al no haberse podido efectuar la autopsia de los fallecidos.: Este requisito del tipo no ha podido ser probado y es el motivo del sobreseimiento acordado.

paciente (esto es, la aceptación del tratamiento) convierte al médico en garante y su omisión, dolosa o culposa, daría lugar a un homicidio cometido por omisión.

Debemos distinguir, la eutanasia pasiva y la activa.

– Eutanasia pasiva

Debemos distinguir si se realiza con consentimiento no del paciente:

- Si existe consentimiento del paciente (cuando el paciente no quiere el tratamiento o no desea continuar con él), el médico no ocupa una posición de garante; es decir, no tiene obligación de hacer nada: el rechazo del paciente a la prolongación de la vida, exime de responsabilidad al médico. Debe, en suma, respetarse la voluntad del paciente a la autodeterminación.
- Si no existe consentimiento del paciente, el médico ocupará la posición de garante: el problema está en determinar los límites (¿hasta cuando debe el facultativo mantener el tratamiento del enfermo?). Se trata de un supuesto de gran problemática, no sólo jurídica sino también moral, ética y social. La problemática se circunscribe a la determinación del momento en que estamos ante una prolongación del tratamiento innecesaria o irreversible (pérdida de conciencia, muerte cerebral).

– Eutanasia activa

Dos son los supuestos que se presentan: la desconexión de medios artificiales y la llamada «eutanasia indirecta».

En la primera, si se actúa con la voluntad del paciente, entre el deber de respetar su voluntad y el del médico de continuar con el tratamiento debe prevalecer el primero como consecuencia del respeto de la dignidad humana. Si el médico obra en contra de la voluntad del paciente nos encontramos en el supuesto anteriormente analizado de eutanasia pasiva sin consentimiento del paciente. Entendemos que el tratamiento no debe prolongarse más allá del momento en que el paciente ha perdido la conciencia de forma irreversible (otros piden más, cuando se produzca la muerte cerebral).

La «eutanasia indirecta» se da cuando al administrar al paciente calmantes que le alivian de sus dolores, se le acorta la vida.

5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Las consecuencias de falta de consentimiento informado las podemos sintetizar de la siguiente manera:

- La ausencia u omisión de un consentimiento previo y suficientemente informado acerca de los riesgos inherentes a la intervención genera responsabilidad del facultativo. Hasta aquí todos estamos de acuerdo: doctrina y jurisprudencia.
- Igualmente, la falta de consentimiento informado, por sí solo, no genera responsabilidades penales⁸.
- Del mismo modo, la existencia de consentimiento informado no libera al facultativo de incurrir en un delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional (arts. 142.3 del Código Penal, con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de tres a seis años, y 152.3 CP, con pena de tres meses a dos años de prisión e inhabilitación de

⁸ A título de ejemplo, la AP Barcelona, Secc Sexta, S 7 ene 2005, reseña que «...Tercero.- Como se ha indicado antes, la razón central por la que la sentencia de instancia absuelve a la acusada es porque entre la conducta descuidada —que la sentencia reconoce— y el resultado lesivo producido no hay nexo causal. No es preciso entrar en detalles sobre las teorías aplicables, pero el criterio de equivalencia de condiciones, sujeto a las reglas de experiencia es suficiente para advertir, dado el resultado probatorio, que la acción negligente realizada —olvido de la gasa en el interior de la herida quirúrgica— no ha producido efectivamente el resultado.

No pueden compartirse los esforzados argumentos del redactor del recurso porque pretende establecer, sobre criterio de equivalencia de condiciones en sentido puro, relaciones de causalidad con conductas que aun siendo infractoras del deber de cuidado no cumplen con los criterios de imputación objetiva.

Entre la acción descuidada —olvido de gasa— y el resultado fibrosis que determina la enfermedad somática no hay nexo causal porque así lo determinan los informes forenses.

Ante la valoración de las pruebas de esa naturaleza, que en su mayoría y de manera taxativa niegan ese nexo causal, difícilmente puede argüirse de otra manera. Los argumentos que acoge la sentencia son lógicos. La ubicación de la gasa, alejada, en términos relativos, de la zona con terminales nerviosas y el tiempo transcurrido con ésta en el interior del cuerpo, quince días, no permiten establecer esa relación causal, que sí se explica con la fibrosis cicatrizal.

Y este punto es el que somete a debate el recurso, planteando relaciones causales entre la falta de información — consentimiento informado— o de información insuficiente. Podemos admitir que la ausencia de información sobre los riesgos de una operación quirúrgica determina responsabilidades en el campo reparatorio, pero no derivadas de un injusto típico. En esos supuestos aparte de no cumplir criterios de equivalencia de condiciones fundadas en causalidad adecuada, es decir en relación lógica hecho resultado, tampoco se cumple los criterios de imputación objetiva, pues la falta de información o la realizada de manera inadecuada, no puede generar por lo general responsabilidades penales. Es por todo ello por lo que se rechaza el motivo y se ratifica la sentencia.

uno a cuatro años) si en su actuación se aprecia la vulneración patente, clara y manifiesta de la *lex artis ad hoc*⁹.

- La ausencia de consentimiento determina la asunción de los riesgos por el facultativo y, consecuentemente, su responsabilidad por los daños en que pudieran materializarse.
- Los requisitos que deben concurrir para que un consentimiento desinformado dé lugar, para los facultativos y el centro médico, a la responsabilidad de indemnizar los daños sufridos por el paciente conforme a la jurisprudencia (vid., por todas, TSJ Navarra, S 22/2001, de 27 oct) son los siguientes:

⁹ Ad exemplum la AP Alicante, Secc 3ª, S 28 abr 2005, que examina el caso de un odontólogo que quebranta dos veces las normas que regulan la actuación médica: la primera por la forma de realizar el tratamiento de endodoncia; la segunda, una vez advertido del resultado desfavorable del tratamiento de endodoncia, las deficientes medidas adoptadas para la rehabilitación de las piezas dentarias y reparación del daño causado. Se pronuncia el Tribunal en los siguientes términos: En el caso presente la actuación del recurrente adolece de notables deficiencias que versan tanto en la práctica del tratamiento de endodoncia, como una vez advertido del resultado desfavorable de aquél, en las medidas adoptadas para la rehabilitación de las piezas dentarias y reparación del daño causado.

Siguiendo el análisis realizado por el médico estomatólogo, y que fue ratificado por el otro y por el médico-forense, sin que haya pericial que desvirtúe ninguna de las conclusiones alcanzadas por estos tres peritos, los dos perjudicados tenían infecciones dado que los conductos de las raíces no estaban bien rellenados, siendo uno de los requisitos básicos de la endodoncia el rellenar totalmente dicho conducto. Se indicó que las infecciones se habrían producido al no haber alcanzado el relleno a la raíz. También se señaló que el acusado había utilizado material no detectable en el tratamiento el cual, por razones obvias, es totalmente inadecuado no usándose en la actualidad.

El propio acusado, ahora apelante, reconoce esta conducta cuando afirmó en el acto del juicio oral que decidió desobturar; es decir retirar parte del material utilizado para el cerramiento, porque al paciente le dolía «y para complacer a éste».

Una vez producida la infección, y por tanto siendo necesaria una nueva actuación médica para subsanar las deficiencias, el acusado optó, como medida reparatoria, quitar el perno, el material sustitutivo del nervio e irrigar con un producto momificante. Según manifiesta el propio recurrente los perjudicados sólo acudieron dos veces a su consulta a tal efecto, habiendo sido advertidos de que era necesario cinco irrigaciones. La no terminación del tratamiento le hace suponer que fue una de las causas que contribuyeron a engrandecer los problemas bucales y la infección dentaria de los perjudicados.

Sin embargo ni siquiera esta segunda fase de la actuación del acusado es correcta, a la luz de la pericial practicada. Como afirmó el Dr. Casimiro «la irrigación sólo es el inicio del tratamiento». La Dra. Mercedes fue más explícita cuando afirmó que la irrigación no se utiliza, y que el único tratamiento posible en estos casos es quitar la pieza afectada, limpiar y ponerla de nuevo.

Estamos pues ante una conducta que quebranta por dos veces las normas que regulan esta faceta de la actuación médica. Por un lado se practica una técnica de endodoncia totalmente inadecuada —no se rellena totalmente los conductos, y como consecuencia se produce una infección— y por otro lado una vez planteado el problema infeccioso, no se actúa con la debida diligencia realizando el tratamiento reparador que aconseja la práctica médica.

La negligencia del recurrente no sólo es intensa sino reiterada, lo que impide aceptar que sus consecuencias no excedan del mero ámbito civil, tal como pretende el apelante, estando incurso la conducta de este último en la esfera penal.

1. Que el paciente haya sufrido un daño personal cierto y probado. El daño es presupuesto fundamental de cualquier clase de indemnización, Sin él, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes, pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual.

2. Que el daño sufrido sea consecuencia de la intervención médica practicada y materialización de un riesgo típico o inherente a ella. El daño debe mostrarse vinculado o ligado causalmente a la intervención y ha de ser traducción de un riesgo típico o asociado a ella del que el paciente debió ser informado previamente a su realización como premisa para la obtención de su consciente y libre consentimiento¹⁰.

3. Que del riesgo —finalmente materializado en daño— no hubiera sido el paciente informado previamente al consentimiento de la intervención: Es la omisión previa del consentimiento, a pesar de la suficiente información de los riesgos típicos, la que determina su asunción por el médico responsable. Si se trata de un riesgo asociado a la intervención, la omisión de su advertencia es a este respecto suficiente, aunque se hubiera informado al paciente con anterioridad al consentimiento de otros posibles riesgos.

4. Que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo ni al deficiente funcionamiento del servicio, pues, en tal caso, sería apreciable la responsabilidad pero por culpa o negligencia en la actuación (responsabilidad penal por delito de homicidio o lesiones por imprudencia profesional médica) o en la organización del servicio y no por el título de imputación a que este examen contrae.

– Existe una línea jurisprudencial hasta ahora minoritaria que valora la insuficiencia de la información acerca de los posibles riesgos de una intervención médica como un daño moral grave en si mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

¹⁰ Si el daño sufrido no fuera inherente a la intervención ni por ende previsible en una estimación anticipada de sus eventuales riesgos, su acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 CC); y ello, aunque sobre los riesgos típicos tampoco se hubiera producido la necesaria información del paciente.

Así en la TS3ª S 4 abr 2000 se analizó un supuesto en el que un menor sufrió una paraplejía como consecuencia de una intervención quirúrgica, en la que no consta fueran informados sus padres de los riesgos de la intervención. El Tribunal Supremo advierte que esta situación de inconsciencia, derivada de la falta de información, aunque no constituye la causa del resultado, supone en si misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

En conclusión podemos afirmar que el punto clave, la clave de bóveda, para atribuir responsabilidad de indemnizar un daño ocasionado con motivo u ocasión de una intervención médica, en el supuesto de actuación diligente —conforme a la *lex artis* pero con ausencia de consentimiento informado—, radica en la relación de causalidad. Es decir, debemos hacernos un juicio hipotético para dilucidar si el paciente, de haber conocido por la información previa y antes de la actuación médica el riesgo que sufría, hubiera prestado o no el consentimiento y, por tanto, si se hubiese realizado la intervención y, en tal caso, si no se hubiese generado el daño. Así:

– Si la falta de información no vició el consentimiento, el incumplimiento del deber de información no conllevará responsabilidad de indemnizar por cuanto no constituye la causa del daño corporal sufrido en o por la intervención (sin perjuicio de otro tipo de responsabilidades en que pudiera haber incurrido el médico, sean civiles o administrativas si se considera que la falta de información constituye un daño moral como consecuencia natural de toda lesión de un derecho de la personalidad en cuanto que toda intromisión ilegítima supone un daño —moral o corporal—).

– Actualmente, la práctica total de los Tribunales vincula a la existencia de lesión la concesión de una indemnización por daño moral al no existir el debido consentimiento informado¹¹.

¹¹ Ad exemplum, recogemos las siguientes SS:

– TS1ª S 27 sep 2001 señala que «... la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario».

– TS3ª S 20 abr 2.005. Concede 300.506,05 €. Realización de amniocentesis. Ausencia de consentimiento informado, que impidió a la paciente ejercitar su derecho a la libre opción con pleno conocimiento de los riesgos, los cuales resultaban superiores al haber sido objeto de cuatro punciones consecutivas, todas ellas fallidas. Fallecimiento del feto.

– TS3ª S 9 may 2.005. Concede 60.000 €. Ligadura de trompas y posterior embarazo.

– TS3ª S 22 jun 2.005. Concede 30.000 €. Paciente con graves patologías que tras ser sometida a un TAC, con contraste, sufre un fracaso renal y fallece.

6. SUPUESTOS CONCRETOS EN QUE LA FALTA O DEFICIENCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO DA LUGAR A UNA INDEMNIZACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como hemos examinado para que se otorgue un derecho a cobrar una indemnización (esto es, para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial) por falta o deficiencia del consentimiento informado (bien porque falta, bien por que no existió una eficiente y suficiente información previa), no basta con la concurrencia de un funcionamiento anormal del servicio prestado por el médico o del Centro hospitalario, sino que se requiere, además, que ese funcionamiento cause o irroge al paciente un daño efectivo, real, individualizado y económicamente evaluable y que entre el funcionamiento anormal del servicio y el daño en que concurren esos requisitos medie una relación de causalidad. Hacen falta, pues, la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La concurrencia de un funcionamiento anormal del servicio médico o del Centro hospitalario.
2. Que se le cause al paciente un daño efectivo, real, individualizado y económicamente evaluable.
3. Que entre el funcionamiento anormal del servicio y el daño causado al paciente exista una relación de causalidad.

El problema, ahora, es determinar cómo se resarce la infracción de la normativa sobre consentimiento informado. A tal efecto y analizando nuestra jurisprudencia, podemos distinguir los siguientes supuestos:

- TS3^a S 1 feb 2008. Concede 60.101,21 €. Paciente que queda parapléjica tras ser intervenida de laminectomía por padecer una compresión medular consecuencia de un cáncer metastásico. Y si bien la enferma fue informada de los riesgos de la intervención, no fue informada de los tratamientos alternativos, como la radioterapia: «... la indemnización procedente debe resarcir la imposibilidad que se derivó para la paciente de poder optar ante distintos tratamientos alternativos para hacer frente a la afectación que padecía, eligiendo libre y voluntariamente aquel que ella, una vez conocedora de los riesgos y expectativas de resultados de todos ellos, hubiera considerado el más conveniente. Ha de tenerse igualmente en cuenta la edad de la paciente, 59 años y el propio estado de la evolución de sus padecimientos».

- AP Asturias, Secc 4^a, S 13 sep 2.005. Concede 63.316,67 €. Resultado final antiestético, en operación de aumento del tamaño de las mamas.

- TS3^a S 9 nov 2.005. Concede 251.422 €. No se informó a la paciente de los riesgos de la operación ni de las posibles consecuencias, sin poder elegir entre las distintas alternativas existentes, y entre ellas la no intervención u otras terapias paliativas o menos agresivas.

- TSJ Cataluña, Sala Cont-Adtvo, S 10 ene 2.006. Se indemniza en 360.608 €. Falta de información en la gestante a la que no se le realizó un adecuado seguimiento ecográfico. Nacimiento de niña con síndrome de Down.

1. Infracción del consentimiento informado y actuación médica correcta sin lesión física alguna para el paciente.

En buena lógica, al haber infracción de la *lex artis* por incumplimiento de la norma sobre el consentimiento informado, debería haber lugar a una infracción por daño moral por cuanto se ha vulnerado el derecho a la autonomía del paciente, a la libertad personal y del derecho «a la autodisposición sobre el propio cuerpo» en terminología utilizada por la jurisprudencia (vid., por todas, TS1^a Ss 12 ene y 11 may 2001).

Sin embargo esto no es así: no existe, hasta la fecha resolución alguna que indemnice en este caso si no existe lesión. Esto es, la falta de consentimiento informado *per se* no tiene entidad a efectos de resarcimiento como daño autónomo, siquiera sea como daño moral.

2. Actuación médica correcta e infracción del consentimiento informado al omitir los riesgos y contraindicaciones de la intervención.

El art. 4.1 de la ley 41/2002 exige que el médico, con carácter previo al consentimiento, informe al paciente de los riesgos y contraindicaciones de la intervención. En este caso, la falta de información supone un daño corporal. Debe valorarse para calcular la indemnización la posibilidad —o no— que el paciente, de conocer tales riesgos o contraindicaciones, atendidos tales riesgos en relación con sus circunstancias personales, se hubiera sometido a la intervención médica¹². La cuantía de la indemnización se fija de forma global, sin distinguirse si se indemniza por daño físico o moral o por los dos.

3. Actuación médica correcta e infracción del consentimiento informado al omitir las secuelas de la intervención.

El mismo art. 4.1 citado exige que en la información previa al consentimiento se incluya las consecuencias de la intervención médica. Al omitir tal información se causa un daño: la secuela sobre la que no se le informó. Queda afectado, pues, el derecho a la salud, que es el que debe ser indemnizado, valorando las probabilidades de que el paciente hubiera o no aceptado la intervención de conocer previamente al consentimiento la existencia de tal secuela: el consentimiento irregular y el daño físico se unen en relación de causalidad¹³.

¹² Vid., por todas, TS1^a S 27 abr 2001.

¹³ TSJ Madrid S 13 nov 2000. caso de un hombre que se sometió a una intervención prostática en que se empleó un determinado método que podía conllevar como secuela una incontinencia urinaria y no fue informado de tal posibilidad: fue indemnizado por tal secuela.

4. *Actuación médica correcta e infracción del consentimiento informado al omitir la existencia de alternativas médicas acreditadas.*

La información previa al consentimiento debe abarcar las alternativas terapéuticas a la ofrecida por el médico si existieren, entendiéndose que tal información está comprendida dentro del «derecho a la autonomía de la voluntad» del paciente a que se refiere el art. 2.1 de la ley 41/2002.

Si se omite tal información, el daño deriva de que se le cause al paciente y sin su consentimiento (al no haberle informado) unas secuelas que podría haber evitado si no se hubiera sometido a la intervención y seguido el tratamiento alternativo posible y previsto médicamente. La indemnización deberá fijarse teniendo en cuenta las circunstancias personales del paciente, las posibles ventajas del tratamiento alternativo.

5. *Actuación médica correcta y concurrencia de un riesgo imprevisible.*

En este supuesto, si el daño causado deriva de fuerza mayor o de un riesgo no previsible, atípico, no existe vulneración alguna del consentimiento informado y no se debe responder de tal daño por cuanto, siendo imprevisible no era evitable y se ha roto la relación de causalidad ente la acción del sujeto activo (el médico (o, mejor dicho la no acción: la no información) y el daño producido¹⁴.

6. *Actuación médica incorrecta e infracción del consentimiento informado.*

Concurren aquí dos tipos de responsabilidad: la derivada de una mala praxis médica (que puede ser, incluso como ya analizamos, penal) y la derivada de la falta del consentimiento informado. La indemnización debe abarcar, lógicamente, la suma aritmética de las dos responsabilidades.

AP Madrid, S 14 may 2001. Caso de una persona a la que se le realiza una biopsia renal que le provoca un hematoma perirrenal que obliga a realizar una nefrectomía. Según informes periciales la biopsia se realizó correctamente, pero una de las complicaciones previstas es este tipo de hematomas. La ausencia de información al paciente de tales riesgos determinó una negligencia responsable del daño.

¹⁴ Ad exemplum, Ts1ª S 21 dic 1998 entendió que debían quedar fuera del resarcimiento «..., los casos de riesgos atípicos, imprevisibles o infrecuentes pues aun con un estricto respeto a las reglas del consentimiento informado no se habría podido informar sobre esos extremos». En el mismo sentido, las TS3ª SS 25 nov 200 y 10 feb 2001 entendieron la existencia de fuerza mayor en las transfusiones de sangre de las que se derivó contagio de VHC o VIH anteriores a 1988 al considerar como tal el estado de la ciencia por cuanto hasta la Orden Ministerial de 3 de octubre de 1990 no fue obligatorio el uso de marcadores para detectar la existencia de anticuerpos del virus en las donaciones de sangre.

En resumen, podemos afirmar que no todos los supuestos en que falta consentimiento informado da lugar a una responsabilidad patrimonial, a una indemnización. Sólo aquella que le ha causado un daño por haberle privado de la posibilidad de elección a someterse a la intervención -bien por la inexistencia de información previa o del consentimiento en sí, bien por omitir los riesgos y contraindicaciones de la intervención, bien por omitir las secuelas de la intervención, bien por omitir la existencia de alternativas terapéuticas acreditadas- dará lugar a responsabilidad patrimonial del médico.

Como podemos observar existe numerosa casuística respecto a la posibilidad de indemnización por falta o deficiencia en el deber de recabar el consentimiento informado del paciente antes de la intervención médica, y comprobamos como las resoluciones judiciales son todavía vacilantes, cuando no contradictorias, en esta materia. Corresponde a todos los que participamos en la administración de justicia (los propios pacientes, los médicos y demás profesionales sanitarios, los letrados y los miembros del Poder Judicial a través de las resoluciones de los casos, coadyuvar a que se forme una doctrina jurisprudencial más elaborada y que sepamos todos a que atenernos en supuestos como los analizados.

BIBLIOGRAFÍA:

- BENITO BUTRÓN-OCHOA J.C., «Información asistencial médica: el consentimiento informado», Revista Poder Judicial, nº 77. 2004.
- CID LUQUE A., «Cuantificación del daño moral. ¿Nos acercamos a América?», Revista de responsabilidad civil y seguro. 2006.
- CRAVEN-BARTLE LAMOTE DE GRIGNON J., «La prestación del consentimiento informado por el paciente desde las exigencias legales a la práctica médica» en «El juez civil ante la investigación biomédica», Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. 10/2004, CGPJ.
- JORGE BARREIRO A., «La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», Madrid, 1990.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., «El consentimiento informado» en *Responsabilidad del personal sanitario*, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. I/1995, CGPJ.
- REQUERO IBÁÑEZ J.L., «El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las administraciones» en la «Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. I/2002, CGPJ.
- RUBIO TORRANO E., «deber de información y consentimiento informado en la actividad sanitaria», Tribuna Ranzadi Civitas nº 7-8/2008.
- SAINZ A., QUINTANA O., SANCHEZ CARO J., «La información médica: el consentimiento informado. Fundamentos éticos y legales», Revista de Calidad Asistencial. 1994
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ M.A., «El consentimiento informado: un derecho del paciente y una forma distinta de tomar las decisiones», Cuadernos del Programa Regional de Bioética nº 2, Abril de 1996 Organización Panamericana de la Salud.
- SANCHO GARGALLO I., «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», Indret, Working Paper nº 209, 2004.
- XIOL RIOS J.A., «Consentimiento informado, historia clínica y tratamiento vital» en V encuentro especializado responsabilidad sanitaria. Médica 2001. «VII Congreso de Derecho Sanitario», Madrid 2.000. «Las últimas tendencias jurisprudenciales sobre la responsabilidad sanitaria. Responsabilidad civil» en I Jornadas andaluzas sobre responsabilidad sanitaria. 2.006.

**EVOLUCIÓN JURÍDICA Y SOCIAL
DE LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS A CONSUMIDORES
Y USUARIOS EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO DE CONSUMO¹**

**(Propuestas con especial referencia
a la Comunidad de Madrid)**

POR
JAVIER AVILÉS GARCÍA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL

Sumario: 1. JUSTIFICACIÓN. 2. ANTECEDENTES: SUCESIVAS NOVEDADES LEGISLATIVAS Y PROBLEMAS DE COORDINACIÓN SIN RESOLVER. 3. REFLEJOS DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 4. ¿SUPONE REALMENTE EL ARTÍCULO 48 TRLGDCU UNA NOVEDAD LEGISLATIVA CON INCIDENCIA PRÁCTICA EN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE CONSUMO? 5. LA OBLIGADA PERSPECTIVA DESDE EL SIEMPRE CONTROVERTIDO ARTÍCULO 130.2 LRJ-PAC. 5.1. Resolución de conflictos interprivados por la Administración y problemas de constitucionalidad. 5.2. La intervención administrativa en la resolución de conflictos en el ámbito del derecho de consumo. 5.3. El contenido de la potestad administrativa de reposición e indemnización de daños y perjuicios causados al consumidor. 6. LA CUESTIÓN DENTRO DEL REGLAMENTO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA. 7. LA EFICACIA DE LA DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CONSUMO. 9. EL CONSUMIDOR COMO «PARTE INTERESADA» EN EL PROCEDIMIENTO. 10. LAS DUDAS Y VAIVENES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS A CONSUMIDORES Y USUARIOS DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO. 11. CONCLUSIONES.

1. JUSTIFICACIÓN

La legislación sectorial nos muestra habitualmente, tanto en materias ajenas al Derecho de Consumo como en aquellas otras incluidas en él, la creciente tipificación de nuevas infracciones administrativas, cuya característica singular es contemplar la posibilidad de una reparación y resarcimiento de daños contractuales y extracontractuales.

¹ Nota preliminar: Este estudio ha sido seleccionado como primer premio dentro de la Convocatoria de 2008 de los «XIII Premios de Investigación en Consumo de la Comunidad de Madrid», realizada por la Consejería de Economía y Consumo de la Comunidad de Madrid (B.O.C.M. Núm. 94, 21 de abril de 2008). Forma parte de un Proyecto más amplio financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref^o DER2008-05900/JURI).

les causados a los particulares (venta de un producto defectuoso; mala o defectuosa prestación de un servicio contratado; fraudes en bienes o servicios; incumplimiento de las garantías legales o comerciales sobre productos; cobro de sobrepuestos; introducción de cláusulas abusivas en el contrato; etc.). Esta reparación aparece reiteradamente incorporada dentro de la potestad de autotutela o autoejecución de los actos y resoluciones de la Administración Pública, potestad que se nos muestra como algo practicable genéricamente por ésta con arreglo al art. 103 CE, que indica que debe actuar y guiarse por el principio de eficacia con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Tal recurso viene a ser como un complemento inherente a la propia potestad sancionadora de las Administraciones Públicas². Asimismo, es fácil atestiguar la cada vez más numerosa legislación sectorial que viene regulando desde hace bastantes años la extensión de esas potestades administrativas en este sentido, repitiéndose casi miméticamente las fórmulas y expresiones utilizadas.

Desde el punto de vista sociológico puede comprobarse cómo, en muchas ocasiones, la misma reparación indemnizatoria al ciudadano perjudicado en una relación de consumo viene a ser de mucha mayor relevancia social que la propia sanción administrativa que va inherente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una determinada obligación tipificada como infracción administrativa³. Con todo esto, resulta sobradamente justificada la búsqueda de mecanismos legales y prácticos que doten de mayor eficacia la aplicación de todo ese tipo de normas sectoriales, lo cual, como veremos, parece ir indefectiblemente unido a una mejor dotación económica y personal de la Administración. Pero, al mismo tiempo, también se debe mejorar en la ejecución más eficiente de los distintos sistemas procedimentales

² Cfr. STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 4º (Ponente: L. Díez-Picazo), donde se constata que si bien «es verdad que el art. 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, no es menos cierto que el art. 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse, el de eficacia «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas, no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al art. 103 de la Constitución (...)»

³ En este sentido, por ejemplo, se piensa que es preciso «superar la idea de perjuicio individual sobre un consumidor por una infracción de consumo hasta alcanzar la convicción de que tras ella se dañan los intereses generales, cuya tutela está atribuida a los poderes públicos», principio éste que se presenta como uno de «los eslabones necesarios para asentar en el ámbito administrativo consumerista la ansiada liquidación de daños en el marco del procedimiento administrativo» español (Cfr. por todos, RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», Estudios sobre Consumo (EC), núm. 81, 2007, pág. 32).

actualmente existentes en España, y que van desde el propio arbitraje de consumo, pasando por la legitimación colectiva o el asociacionismo de consumidores, hasta el refuerzo del propio sistema administrativo sancionador de consumo, que es al que dedicaremos este estudio⁴. Es precisamente en este punto donde nos proponemos hacer unas reflexiones y propuestas al respecto.

Históricamente, como apuntábamos, desde el comienzo de la promulgación de la legislación sobre viviendas de protección oficial (materias de sobrepuestos y vicios constructivos sustantivamente), pasando por la legislación medioambiental en sentido lato (bienes demaniales o del medio natural), así como la legislación de aguas, costas o montes, hasta la misma legislación de caza, podemos ver todo un variopinto muestrario de normas en las que, de una manera más o menos prolija y clara, se viene facultando a la Administración para proceder a la liquidación de los daños y perjuicios causados tanto a la propia Administración como a los particulares. Una de las peculiaridades es que, en algunas ocasiones, tales normativas permiten la posibilidad de proceder al cobro de las indemnizaciones por vía de apremio (particularmente en la legislación de aguas, costas, montes y caza, entre otras), supuestos todos ellos en los que conviene advertir, *a priori*, la concurrencia y superposición de intereses públicos y privados⁵.

Existe un nutrido y diferenciado grupo de normas que conceden cada vez más amplias potestades a la Administración en la solución de las controversias surgidas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Hasta el momento puede afirmarse que tales normas no permiten expresamente, en el procedimiento administrativo, que pueda exigirse una restitución interprivados obligatoria para el infractor. Desde la legislación estatal (art. 3 RD 1945/1983 y art. 49.1 TRLGDCU)⁶, que tipifica netamente como infracciones administrati-

⁴ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., (Dir.), El Derecho de Consumo en España: presente y futuro, 2003, INC, págs. 405 y 406, quien, efectivamente, inscribe todas estas reformas en la misma línea marcada en estos últimos años por la propia Comisión Europea.

⁵ A este respecto, por ceñirnos al ámbito de las leyes generales más importantes, puede comprobarse lo que afirmamos, por ejemplo, en el Decreto 2114/1968, de 24 de julio, Reglamento de Viviendas de Protección Oficial (arts. 153 a 155) o el RD 3148/1978, de 10 de noviembre (art. 57); RDLeg 1/2001, de 20 de julio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Aguas (art. 118); Ley 22/1988, de 18 de julio, de Costas (arts. 36, 95 y 100) y RD 1471/1989, de 1 de diciembre, del Reglamento de la Ley de Costas (art. 78); Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (art. 77) y Decreto 484/1962, de 22 de febrero, que se mantiene condicionado en lo que no se oponga a la Ley (arts. 459-463); Ley 22/1973, 21 de julio, Minas (art. 81); Decreto 506/1971, Reglamento de la Ley de Caza (arts. 47 y 49); o recientemente la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental (art. 5).

⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, 30.11.2007; en adelante TRLGDCU).

vas simples contravenciones de intereses particulares de consumidores y usuarios⁷, pasando por aquellas normas autonómicas que conceden a la Administración la potestad de evaluar los daños y perjuicios causados por las infracciones de consumo, con capacidad para considerar circunstancia atenuante a la reparación efectiva del infractor a la hora de graduar la gravedad de la infracción cometida, son muestras bien diáfnas de lo que existe. Ahora se trata de aquilatar lo que el art. 48 TRLGDCU puede venir a cambiar.

Por su parte, en lo que concierne al ámbito específico del Derecho de consumo estatal, no se ha contemplado explícitamente hasta fecha bien reciente esa posibilidad de restitución efectiva y obligatoria interprivados en el seno del procedimiento, concretamente en el ámbito de la prestación del servicio de telecomunicaciones. En esta línea, de manera significativa debe mencionarse el RD 424/2005, de 15 de abril, que aprobó el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, en sus arts. 105.2. d) (derecho a exigir una indemnización por no alcanzar los niveles individuales de calidad del servicio comprometido por el operador en el contrato), 105.2.g) (indicación en el contrato de los mecanismos de indemnización de compensaciones y reembolsos y método de determinación de su importe), y 115 (derecho a indemnización por interrupción temporal del servicio prestado), pudiéndose comprobar cómo este último trae causa del importante e innovador art. 38 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre (LGT en adelante)⁸.

En efecto, puede comprobarse cómo este RD 424/2005 determina con precisión cómo el contenido de los contratos de los operadores con consumidores, para la conexión o acceso a la red de telefonía pública, «precisarán», entre otros aspectos, los supuestos de incumplimientos de niveles individuales de calidad del servicio que fueren comprometidos por el operador y que den derecho a «exigir una in-

⁷ Fundamentalmente se trata de infracciones por alteración, adulteración o fraude en bienes o servicios. En materia de transacciones comerciales, condiciones de venta (como la que afecta a las garantías legales o comerciales de los productos), o en materia de precios (cobro de sobreprecios). La más evidente es la que tipifica la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (art. 49.1.i) TRLGDCU).

⁸ El importante art. 38 LGT estableció en el año 2003, en efecto, la creación de un procedimiento específico conforme al cual los usuarios finales pudieran someter con garantías sus controversias y reclamaciones. Se establece aquí tanto la gratuidad y rapidez de éste así como la facultad de impugnarse expresamente ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo que significa un paso muy importante en la eventual línea abierta ahora con el art. 48 TRLGDCU. De igual modo se previó en la LGT la regulación, entre otros extremos, de materias capitales tales como «la responsabilidad por los daños que se les produzcan» a los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales, así como «el derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio» (art. 38.2.a) y e) Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

demnización, así como su método de cálculo» (art. 105.2.d) RD 424/2005)⁹. De la misma manera, en tales contratos de consumo, se exige, asimismo, dejar constancia de la «política de compensaciones y reembolsos, con indicación de los mecanismos de indemnización o reembolso ofrecidos, así como el método de determinación de su importe», lo cual aun siendo un mandato legal bien preciso puede parecer un desiderátum casi inalcanzable (art. 105.2.g) RD 424/2005). También se hace extensivo este derecho indemnizatorio del consumidor y usuario para aquellos supuestos en que acontezca una interrupción temporal del servicio telefónico contratado, llegándose incluso a determinar legalmente unos topes mínimos al respecto, siendo igualmente obligatorio que tales contratos en cuestión recojan los términos y condiciones en que debe cumplirse esta obligación indemnizatoria con el titular consumidor (art. 115 RD 424/2005).

Pues bien, todas estas obligaciones reseñadas no son, como sospechábamos, más que una explanación de lo previsto explícitamente en el art. 38 Ley 32/2003, cuando se previó que un RD regularía, entre otros extremos, «la responsabilidad por los daños que se les produzcan» a los consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales, así como «el derecho a obtener una compensación por interrupción del servicio» (art. 38.2, apartados a) y d) Ley 32/2003). Véase que se está hablando claramente, sin ambages, de derechos interprivados de carácter indemnizatorio, exigibles en el ámbito de relaciones contractuales estrictamente privadas entre un operador y un consumidor. Tales pretensiones son recurribles en vía contenciosa. Siendo esto relativamente excepcional al circunscribirse a la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin embargo en el ámbito legislativo autonómico, puede comprobarse también cómo no han dejado de proliferar sucesivamente normas en este sentido, particularmente a partir del año 1996 con la publicación de la Ley 4/1996, de 14 de junio, que aprobó el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (art. 40), aun cuando no se afirma nunca la posibilidad de recurrir a la vía contencioso administrativa¹⁰.

⁹ Estos niveles de calidad deberán ser fácilmente localizables e individualizables, pues la propia norma establece que «a tales efectos, los operadores deberán utilizar parámetros y métodos de medida que, en su caso, determine el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio» (art. 105.2.d) in fine RD 424/2005, de 15 de abril). Así se establece, por ejemplo, el derecho individual a la petición indemnizatoria por parte del consumidor, con alusión expresa a mecanismos de indemnización o reembolso, hasta con expresión directa del método de determinación de su importe, pero queda en el aire el procedimiento de ejecución de tales reclamaciones que, por naturaleza, serán inherentes, en muchas ocasiones, al propio procedimiento administrativo sancionador.

¹⁰ Con respecto a aquellas cantidades que hubieren sido percibidas indebidamente, se estableció como novedad en este Estatuto de los Consumidores, por ejemplo, que «inde-

Con todo, el problema crucial en esta materia viene ahora planteado por la aplicación del actual art. 48 TRLGDCU, introducido por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios. En cualquier caso las dudas y dificultades, como fácilmente puede comprobarse, han ido apareciendo progresivamente en el desarrollo de las distintas legislaciones sectoriales de consumo. El punto de partida de este estudio es el artículo 48 TRLGDCU, el cual parece abrir realmente la posibilidad de llevar a término la reposición de la situación alterada por una infracción de consumo y, en su caso, la eventual reparación de daños y perjuicios al consumidor dentro del procedimiento sancionador de consumo de cada Comunidad Autónoma, si bien la ambigüedad y la ambivalente interpretación que comporta el art. 130.2 de la Ley 30/1992, que invoca el propio art. 48 TRLGDCU, complica bastante la solución de este problema dentro del procedimiento sancionador.

No cabe duda de que el órgano instructor administrativo, *a priori*, tiene facultades para determinar dentro de cada procedimiento sancionador la indemnización correspondiente al consumidor lesionado. Con este resultado, la misma resolución administrativa se deberá notificar al infractor, tal como establece el mismo art. 48 TRLGDCU, «para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial» (art. 48 TRLGDCU, *in fine*). Aun cuando se ha enjuiciado de manera un tanto pesimista, tal vez con fundamento en la vaguedad del precepto, que el Texto Refundido de 2007 se ha quedado en este punto «en una vía muerta que carece de propósito»¹¹, sin embargo podemos afirmar que ahora estamos en mejores condiciones para tratar de avanzar en una línea interpretativa que permita extraer algún rédito en la aplicación de es-

pendientemente de las sanciones a que se refiere la presente Ley, el órgano sancionador impondrá al infractor la obligación de restituir inmediatamente tal cantidad percibida indebidamente, en los casos de aplicación de precios superiores a los autorizados, a los comunicados, a los presupuestados o a los anunciados al público» (art. 40 Ley 4/1996, de 14 de junio, Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia).

¹¹ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Texto refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», Aranzadi Civil, junio 2008, pág. 21. A nuestro juicio, más que carecer de un propósito, lo que parece existir es una ambigüedad calculada por parte del legislador, a fin de que sin ningún compromiso regulador cada Comunidad Autónoma determine o ensaye el procedimiento que estime más adecuado para la solución de este tipo de situaciones conflictuales con consumidores y usuarios. Nos parece que de manera más o menos deliberada, todo esto se acaba convirtiendo al cabo de un tiempo en un verdadero test sobre la viabilidad o no de mantener dentro del Estado una diversidad de procedimientos administrativos en materia de consumo, los cuales pueden chocar o diferenciarse entre sí en esta cuestión de enorme trascendencia práctica en el ámbito empresarial, por cuanto que afecta netamente al principio de unidad de mercado.

te novedoso artículo. En efecto, conviene reflexionar sobre aspectos que ahora aparecen más explícitamente planteados que antes, tales como ¿cuál será la vía judicial que queda expedita al consumidor tras el procedimiento sancionador: civil, contencioso-administrativa, ambas?; ¿el reconocimiento de la vía judicial desactiva la ejecutividad del acto administrativo en materia de resarcimiento interprivados?; ¿se podrá solicitar en esta materia la vía de apremio de la resolución administrativa por parte del consumidor?; ¿en caso de admitirse el recurso al consumidor por la vía civil, quedará el juez, de alguna manera, vinculado por la resolución administrativa que hubiere recaído previamente? En fin, todos estos y otros son elementos que deben analizarse, los cuales pueden condicionar indudablemente las decisiones que puedan tomarse en cada una de las distintas Comunidades Autónomas con respecto a la operatividad del régimen sancionador administrativo, y ello en razón de que tal precepto, como decimos, posibilita, tal vez sin pretenderlo, la búsqueda de soluciones diferenciadas dentro de cada legislación autonómica de consumo.

2. ANTECEDENTES: SUCESIVAS NOVEDADES LEGISLATIVAS Y PROBLEMAS DE COORDINACIÓN SIN RESOLVER

En estos últimos años ha supuesto cierta novedad dentro del ámbito legislativo autonómico de consumo, cuando menos aparente, la posibilidad reconocida de que «el particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos», aun cuando tal novedad deja de serlo, al menos en parte, cuando vemos a continuación que «la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos» (art. 44.2 Ley 11/2005, de 15 de diciembre, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha).

De la misma manera parece existir cierta novedad al respecto cuando se afirma por alguna legislación autonómica de consumo que «independientemente de las sanciones a que se refiere esta Ley, el órgano sancionador impondrá a la persona o entidad infractora la obligación de restituir inmediatamente al consumidor la cantidad percibida indebidamente en los supuestos de aplicación de precios superiores a los autorizados, comunicados, presupuestados o anunciados al público», al igual que hacía en su día el Estatuto de los Consumidores y Usuarios de Murcia de 1996, si bien se añade ahora con mayor claridad que «el acuerdo anterior será ejecutivo desde el mo-

mento en que el *acto administrativo* que imponga tal obligación de restitución haya puesto fin a la vía administrativa» (art. 88 Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los consumidores y usuarios de Aragón). Aquí aparece ciertamente una novedad, por cuanto se menciona expresamente la existencia de un *acto administrativo* como legitimador de la ejecutividad de ciertas resoluciones que afectan a particulares. Con todo conviene recordar que este precepto, aplicable ahora a supuestos bien distintos al de la vivienda, es similar al que ha venido afectando desde hace muchos años a los supuestos de sobrepuestos sobre viviendas de protección oficial (VPO), el cual viene recogido tanto en la legislación estatal (arts. 153 a 155 Decreto 2114/1968, de 24 de julio y art. 57 RD 3148/1978, 10 de noviembre), como en la legislación autonómica¹².

Parece claro que el punto de partida en todos estos supuestos mencionados es que la fijación de un sobrepuesto sobre las viviendas de protección oficial forma parte constitutiva de la tipificación de la infracción administrativa, por cuanto que las Administraciones Públicas han venido asumiendo un particular control de mercado sobre esta materia, supuestamente en razón del carácter social de las transacciones que respaldan la obtención o disfrute de viviendas de protección oficial. Pero ya puede afirmarse sin exageración alguna que, de un control sobre relaciones específicas atinentes a la vivienda de protección oficial, hemos pasado actualmente al control más o menos encubierto de un sinfín de relaciones en las que median cualesquiera productos y servicios con consumidores, y en los que por una u otra razón el legislador —cada vez más— presume un *control de mercado* por parte de los poderes públicos, lo que vendría a justificar, en ocasiones, la consecuente intervención administrativa a todos los efectos, incluida la correspondiente tasación de daños y perjuicios causados a particulares dentro de las relaciones con consumidores y usuarios. Un ejemplo bien claro de esto es la creciente tipificación legal como infracción administrativa de ciertas conductas que pudiera parecer, a simple vista, que debieran circunscribirse al ámbito estrictamente interprivado, como podría ser, por ejemplo, la utilización de cláusulas abusivas en los contratos, o el incumplimiento de las garantías legales sobre productos de consumo o que induzcan a engaño o confusión

¹² Sería el caso entre otros muchos, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid, plasmado en su art. 11.1.c) en conexión con el art. 8.a) y b) de la Ley 9/2003, de 26 de marzo, del Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas, referida al reintegro a adjudicatarios, adquirentes o arrendatarios de «cantidades indebidamente percibidas»; o del Principado de Asturias, por ejemplo, en el art. 8 de la Ley 3/1995, de 15 de marzo, reguladora de sanciones en materia de vivienda, cuando se refiere a los supuestos de «reintegro de cantidades» a los compradores o arrendatarios de viviendas.

sobre la naturaleza del bien o servicio prestado, o la mera existencia de limitaciones, obstáculos o trabas de cualquier tipo que impidan voluntariamente dar por terminado un contrato de tracto sucesivo o darse de baja en un servicio determinado (art. 49 TRLGDCU).

Un problema añadido en toda esta cuestión es el que viene de la mano de la inflación de Derecho administrativo sancionador, situado a juicio de algunos a caballo entre el inmovilismo y el fraccionamiento del ordenamiento sancionador por parte de Comunidades Autónomas y Entes locales, lo que puede hacer pensar en la existencia de tantos derechos sancionadores como sectores ordinamentales con características individualizadas existen¹³. En efecto, tanto la legislación sectorial estatal como autonómica hacen uso de su competencia sobre Derecho Público de consumo para tipificar como infracciones administrativas *puras* —cada vez más—, situaciones de incumplimiento contractual interprivado sin que exista tras ese ilícito ni tan siquiera una aparente afectación a los intereses públicos¹⁴. Ejemplos bien elocuentes son los supuestos de inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de consumo (art. 49.1.i) TRLGDCU) o el que afecta al incumplimiento de la garantía que recae sobre productos de naturaleza duradera (art. 49.1.d) TRLGDCU), incluyéndose ambos dentro de la clasificación de infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios. A nuestro juicio estas situaciones puede decirse que vienen a ser contraproducentes *a priori*, en tanto no se justifique la in-

¹³ Cfr. NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., 2005, págs. 20 y 564, quien echando de menos en España una Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas al estilo de las existentes en Alemania o Francia, critica al legislador interno, del que dice no estar a la altura de las circunstancias en esta materia, ya que persiste anclado en «el inmovilismo del Título IX de la Ley 30/1992» frente a otros ámbitos (penal, fiscal, laboral,...). Por su parte el fraccionamiento galopante, por el que tienden a separarse las normas tanto en lo estrictamente normativo como en la ejecución, le hace preguntarse hasta qué punto puede hablarse en España de un solo Derecho administrativo sancionador y no de tantos derechos como sectores ordinamentales con características individualizadas existen, como es el caso del creciente Derecho de Consumo.

¹⁴ Dentro de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA en materia de consumo, puede afirmarse que el Derecho Público corresponde en exclusiva a las CCAA, sin más límites que los que puedan extraerse del principio de proporcionalidad, de la competencia estatal sobre las bases del régimen administrativo común y de la competencia. Además debe tenerse en cuenta el prolijo entrecruzamiento competencial de las CCAA con las competencias del Estado, al menos en todas aquellas materias o sectores normativos en los que éste ejerce una competencia exclusiva (telecomunicaciones, energía, derecho de la competencia, etc.). Parece claro que las CCAA tienen vedado el acceso al Derecho privado de consumo, pero vemos que su regulación jurídico-pública tiene en muchos casos consecuencias meramente privadas. Uno de estos efectos, el que aquí más nos interesa, es precisamente la consideración que nos merece la solución de infracciones administrativas en las que aparecen incursos intereses privados, y que estimamos que deben solucionarse dentro del mismo procedimiento sancionador, aunque solo fuera por razones de economía procesal y de confianza del consumidor medio en la eficiencia de las Administraciones Públicas en materia de consumo.

versión de recursos públicos en la satisfacción de intereses difícilmente encuadrables como de naturaleza pública. Pero, sobre todo, porque puede quedar en entredicho la misma credibilidad social de la Administración, pues resulta que podría ponerse en funcionamiento la maquinaria del Derecho sancionador de consumo sin que se pudiera liquidar y resolver en el propio procedimiento las compensaciones e indemnizaciones que el interés particular del consumidor hubiere reclamado en supuestos concretos¹⁵. Pues bien, estando así las cosas, nos parece muy conveniente que ahora, con el art. 48 TRLGDCU en la mano, se permita mitigar en buena medida una de las más «nefastas carencias» de nuestro sistema administrativo sancionador de consumo, al haberse previsto en éste, si bien de manera ambigua e imperfecta, el mecanismo para que dentro del mismo se puedan determinar y liquidar las compensaciones y responsabilidades civiles a que tienen derecho los consumidores afectados por los daños ocasionados por cualquier infracción de consumo.

Con todo, otro problema estrechamente ligado al anterior y que afecta al régimen administrativo sancionador, es el solapamiento de determinadas conductas que vienen tipificadas al mismo tiempo como infracciones de consumo y como infracciones de un régimen administrativo sectorial (comercio interior, industria, turismo, etc.). Al no existir criterios claros que solucionen el concurso de normas de esta naturaleza, ni traza alguna acerca de la prioridad o preferencia que deba existir entre los distintos regímenes y autoridades competentes, tendremos que resolver conforme a los criterios generales que cada Comunidad Autónoma haya establecido *ad casum*. De esta manera, entendemos que si ocurriera que los sectores implicados, por ejemplo, corresponden en diversa medida al Estado y a las Comunidades Autónomas, la solución se podría encauzar con los instrumentos de

¹⁵ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., El Derecho de consumo en España: presente y futuro, INC, 2002, págs. 409-411. Trato de poner de relieve algo que subrepticamente los poderes públicos parece que pretenden cambiar o, cuando menos, enfocar de otra manera. Me refiero a la situación de frustración de muchos consumidores que denuncian en vía administrativa la comisión de una infracción de consumo, sin que su interés particular (reposición, indemnización de daños y perjuicios) sea efectivamente restablecido por la resolución administrativa sancionadora. De esta manera, el consumidor se ve abocado, en la mayoría de las ocasiones, a acudir un proceso civil, dándose la paradoja que la norma típica como infracción administrativa la lesión de un interés privado. A mayor abundamiento, conviene apuntar que la opinión pública es cada vez más permeable a justificar la inversión de recursos públicos, aun cuando el procedimiento administrativo venga incorporando la sanción de conductas que lesionan bienes interprivados, y esto acontece de manera casi instintiva cuando se trata de conductas reiteradas y ordinarias del tráfico jurídico en masa (compraventas de consumo; servicios de telecomunicaciones; etc.). Relegar la solución de los conflictos a la vía judicial civil, máxime si se trata de indemnizaciones de escasa cuantía, es desalentador en la mayoría de las situaciones.

armonización y colisión que establecen los arts. 149 y 150 CE, salvo que se obtenga un consenso de otra forma¹⁶.

3. REFLEJOS DEL PROBLEMA EN LA LEGISLACIÓN DE CONSUMO DE ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Es fácil comprobar el reflejo de lo expuesto en la legislación autónoma de consumo. De esta manera si nos fijamos, por ejemplo, en la Ley 11/1998 de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid (art. 3.f) vemos que se refleja algo de lo que decimos cuando incluye como «derecho básico» del consumidor y usuario aquel que posibilite genéricamente «la reparación e indemnización de los daños y perjuicios sufridos», en plena conformidad con el art. 8.c) TRLGDCU, donde se recoge también esta facultad dentro de los denominados «derechos básicos de los consumidores y usuarios». En segundo lugar, esta misma Ley 11/1998 en su art. 29 deja aún más claro el problema al reconocer, de manera expresa y global, que «los consumidores, en el marco de la legislación estatal, tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irrogan, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deban responder civilmente». Y finalmente, en su art. 54.2.b) Ley 11/2002, en sede de graduación de sanciones en el procedimiento sancionador de consumo de la Comunidad de Madrid, se contempla como circunstancia atenuante a tener en cuenta el hecho de haberse realizado «la reparación efectiva del daño causado», de manera similar a lo que han recogido posteriormente otras leyes autonómicas de consumo, como es el caso de la Ley 11/2002 de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias, en la que para el supuesto en que la «infracción en materia de consumo haya causado algún tipo de daño o perjuicio» (sin especificar si el daño es causado a la Administración o a terceros), se entiende igualmente que la satisfacción o reparación de los particulares «será

¹⁶ En el ámbito competencial local en materia de consumo, corresponde a las CCAA delimitar claramente cuáles sean éstas, especialmente las competencias sancionadoras. Sin embargo, esta regla apenas existe hoy dentro de las CCAA, actuándose en la mayoría de las ocasiones con criterios intuitivos o de buena relación institucional. Pues bien tal y como parece, en aras de la seguridad jurídica y de la responsabilidad institucional, la legislación estatal de régimen local debería reconocer formalmente la potestad sancionadora de los entes locales cuando se trate, por ejemplo, de infracciones de consumo sancionadas por sus Ordenanzas reguladoras, siendo deseable que se señalase en el sector de consumo, asimismo, cuál es el límite material de tales Ordenanzas.

una circunstancia atenuante en orden a la graduación de la sanción impuesta, pudiendo imponerse ésta en su grado mínimo» (art. 42.2 Ley 11/2002 Principado de Asturias), por lo que puede deducirse el nexo directo que se establece entre la determinación de los daños y perjuicios causados y la sanción administrativa propiamente dicha, a los únicos y exclusivos efectos de la graduación de la infracción de consumo (muy grave, grave, leve).

A efectos comparativos con el actual art. 48 TRLGDCU, que de manera expresa y con carácter general establece que dentro del procedimiento sancionador de consumo «podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor», conforme a lo previsto en el art. 130.2 LRJ-PAC, hay que sostener la neta diferencia existente entre lo ahora regulado y la consideración de la reparación efectiva como mera circunstancia atenuante dentro del procedimiento administrativo sancionador. En efecto, puede observarse que no se corresponde el art. 54.2.b) Ley 11/1998 de la Comunidad de Madrid (o el concordante art. 42.2 de la Ley 11/2002 del Principado de Asturias mentado en sede parlamentaria a propósito de la aprobación del ahora art. 48 TRLGDCU), con la argumentación expuesta en su día dentro de la enmienda 16 al texto articulado de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (LMPC en adelante), cuando se sostuvo tajantemente, de manera un tanto imprecisa y exagerada que, con el art. 42.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios 11/2002, ya se había «incorporado a la legislación de consumo del Principado de Asturias» la «posibilidad» real de que una sanción administrativa por infracción llevase «aparejado el resarcimiento al consumidor del daño sufrido»¹⁷. Este aserto que aparece en la motivación de la enmienda parlamentaria número 16 a la Ley 44/2006, y que no se corresponde exactamente con la realidad, está recogido dentro de una de las tres enmiendas discutidas en el curso de la aprobación del actual art. 48 TRLGDCU (anterior art. 36.4 LGDCU 1984 tras la aprobación de la Ley 44/2006). Sin embargo, puede comprobarse que en el texto del art. 42.2 de la Ley autonómica 11/2002 del Principado de Asturias, en abierta contradicción con la afirmación realizada en sede parlamentaria, no se dice nada respecto a la pretensión en vía administrativa del consumidor que hubiere sufrido un daño o perjuicio, sino más

¹⁷ Cfr. BOCG, Serie A, núm. 83-8, 1 de junio 2006, pág. 29, donde se manifiesta también que resulta claramente desalentador para el consumidor observar, en efecto, que pese a recaer una sanción administrativa no se resuelve «en el mismo procedimiento su resarcimiento».

bien algo similar a lo que establece el art. 54.2.b) de la Ley 11/1998 de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, esto es, la constatación de que la reparación efectiva del daño al consumidor podrá considerarse por la Administración como circunstancia atenuante a la hora de sancionar una infracción de consumo¹⁸. El razonamiento está claramente forzado y fuera de contexto. Otras leyes autonómicas han venido también, posteriormente, a atenuar o mitigar el rigor de la sanción administrativa impuesta a los consumidores y usuarios¹⁹.

Buena parte del debate jurídico que aquí se plantea estriba en desentrañar el carácter facultativo o no con que la Administración puede abordar esta facultad de intervención sobre los intereses interprivados de los consumidores («en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor» afirma el actual art. 48 TRLGDCU), al igual que explicitar la interdependencia de esta facultad administrativa con aquella otra facultad que asiste a todo consumidor de acudir libremente a la vía civil (arbitral o judicial) para solventar una reclamación por daños y perjuicios causados. Del todo a la nada existe un amplio abanico de posibilidades y de circunstancias que quedan ahora abiertas con la aplicación del art. 48 TRLGDCU, el cual requiere de una interpretación tanto por parte de los tribunales como, tal y como sería deseable, del mismo legislador estatal o, si acaso, autonómico. De esta manera, aun cuando puede afirmarse que la atenuación del rigor de la sanción que se recoge en algunos textos normativos, nada tiene que ver con la posibilidad de facultar a la Administración para que determine la indemnización que deba satisfacerse por el responsable al consumidor perjudicado civilmente por una infracción de consumo²⁰, debe añadirse a continuación, al menos así lo entendemos nosotros, que las vir-

¹⁸ El art. 42.2 de la Ley Autonómica 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias determinaba que «en el supuesto de que una infracción en materia de consumo haya causado algún tipo de daños o perjuicios, la satisfacción o reparación de los mismos será una circunstancia atenuante en orden a la graduación de la sanción impuesta, pudiendo imponerse ésta en su grado mínimo». Actualmente, merced a la nueva redacción dada a este art. 42 por la Ley del Principado 11/2006, de 27 de diciembre (BOPA 30 diciembre 2006), se habla igualmente y en el mismo sentido de tal circunstancia atenuante si bien se califica más atinadamente como «la reparación efectiva de los daños y perjuicios causados» (art. 42.1.b), párrafo 2º Ley 11/2002, modificado por Ley 11/2006).

¹⁹ Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores de Andalucía (art. 93.1.a); o la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, del Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías del País Vasco (art. 54.2), o, más recientemente, la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria (art. 54).

²⁰ Cfr. en este sentido ESPINA FERNÁNDEZ, S., «La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del artículo 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiem-

tualidades del mencionado art. 48 TRLGDCU permiten albergar una interpretación que incluya alguna variable al respecto.

Pues bien, las posibilidades de interpretación que se abren merced a la ambigüedad del art. 48 TRLGDCU en sede de consumo son diversas. Vamos a tratar de explicar y justificar hasta donde puede extenderse esta peculiar intervención administrativa en la esfera interprivada, pero, al mismo tiempo, el objetivo será subsanar la consabida frustración del consumidor cuando después de observar la intervención de la Administración en asuntos que le conciernen comprueba que, a la postre, no le arreglan su problema particular frente al sujeto infractor o causante del daño, viéndose entonces obligado a emprender otras vías distintas al objeto de poder resarcirse de sus justas pretensiones, con la carga de haber perdido un tiempo imprescindible. ¿Deben ser las respectivas Comunidades Autónomas con competencias en la materia las que deben determinar en sus respectivos procedimientos sancionadores de consumo las reglas pertinentes al respecto, o, más bien, deberá ser el legislador estatal quien dicte una serie de reglas, con carácter general, por tratarse de una cuestión modular y esencial del propio procedimiento administrativo cuya competencia es estatal y que afecta sustantivamente a la economía de mercado? Las Comunidades Autónomas sólo pueden dictar normas de procedimiento en materias de su competencia, como ocurre con consumo y comercio, si bien deberán respetar siempre las normas sobre procedimiento administrativo común²¹. Bajo esta pauta vamos a desarrollar los siguientes apartados.

4. ¿SUPONE REALMENTE EL ARTÍCULO 48 TRLGDCU UNA NOVEDAD LEGISLATIVA CON INCIDENCIA PRÁCTICA EN LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE CONSUMO?

Con el nuevo art. 48 TRLGDCU, introducido por la Ley 44/2006, parece haberse trasladado al ámbito específico de la normativa de consumo el principio básico de la potestad sancionadora de la Admi-

bre de 2007, pág. 6, por cuanto que entiende que la Administración no ejerce funciones materialmente jurisdiccionales en las que se determinan imperativamente obligaciones de pago entre particulares. Aquí la Administración, con la atenuación de la infracción, a su juicio sólo aplica una circunstancia objetiva y cualificada, y que es tenida en consideración por la ley para moderar el mero ejercicio de la potestad sancionadora.

²¹ Cfr. SSTC 227/1988, de 29 de noviembre; 17/1990, de 7 de febrero; 23/1993, de 21 de enero y 98/2001, de 5 de abril. El Derecho de consumo, siendo una materia de contenido multidisciplinar, constituye una competencia definida tan sólo en función del fin de protección de los consumidores, si bien esta competencia cede ante otros títulos que el TC considere más específicos (SSTC 264/1993, de 22 de julio; 283/1993, de 27 de septiembre).

nistración Pública, según el cual «podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción». Este texto, que casi es una mera transcripción literal del art. 130.2 LRJ-PAC, no parece suponer en principio un cambio determinante de la actividad sancionadora habitual de las Administraciones Públicas en materia de consumo pues se trata, en efecto, de la reiteración en el ámbito del consumo del art. 130.2 Ley 30/1992, ámbito en donde conviene recordar que, lógicamente, pretenden hacerse prevalecer los *intereses particulares* de los consumidores y usuarios. En cualquier caso, otra consideración más innovadora merecerá esta norma creada por Ley 44/2006 al vislumbrar un particular interés del legislador estatal, si relacionamos este precepto con la expresa intención por «incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección», que es lo que se afirma con carácter genérico pero atinado en la propia Exposición de Motivos de la Ley 44/2006²². Lo que ocurre es que aunque sea de esa forma tan vaga, la expresión de ese buen deseo del legislador de forma tan omnicomprensiva dentro de una reforma que era bastante ambiciosa, puede no haber encajado debidamente con los fundamentos legales de cualquier procedimiento administrativo sancionador, lo cual nos obliga a examinar el momento en que nos encontramos, sin descartar la necesidad de reformas legales complementarias que permitan hacer viable y útil la aplicación de este art. 48 TRLGDCU.

Por lo común, el desconocimiento bastante extendido de esta materia, la mera reticencia de ciertos sectores a las soluciones arbitrales, o bien la escasa cuantía de los daños causados en relación con el incierto resultado en el ejercicio de una acción civil, parece desincentivar a los ciudadanos para su ejercicio. Como contrapartida, en cambio, es fácil comprobar cómo la tendencia a reclamar ante las Administraciones Públicas parece funcionar como un mecanismo reflejo por el que a los poderes públicos, al margen de la búsqueda de los intereses generales, también se les abre naturalmente la posibilidad de intervenir de alguna manera en la solución de los daños causados entre particulares. Parte de culpa de esto radica en que las reclamaciones trasladadas por las organizaciones de consumidores a

²² Apartado VI, párrafo 1º de la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006 de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios (LMPC).

los medios de comunicación tienen como destinatarias, en buena medida, a las propias autoridades de consumo que deben velar y supervisar por la aplicación de las normas, y que son quienes siempre están más capacitadas para poner algún remedio rápido y eficiente para evitar un daño tal vez irreparable. No en vano, además, la propia publicidad de muchas normas de consumo aparecen rubricadas por las distintas Administraciones competentes en la materia, que, a la vez de informar de sus derechos al consumidor, se presentan también como garantes de tales derechos en muchas ocasiones²³. Tal vez sea ésta, hoy en día, una de las manifestaciones más claras de la administrativización del Derecho Privado en materia de consumo, con los problemas anejos que ello comporta.

A fin de cuentas vemos que lo que tratamos de examinar y evaluar es la posibilidad de aprovechar las vías legales ya conocidas para responder a las crecientes expectativas de los consumidores y usuarios en la tutela real y efectiva de sus intereses por parte de las Administraciones Públicas. Evidentemente si al consumidor se le satisface de manera rápida y efectiva aprovechando la solicitada y, en muchos casos necesaria, intervención administrativa de las Administraciones Públicas se *matarán dos pájaros de un tiro*.

No cabe duda de que de la interpretación que hagamos del art. 130.2 Ley 30/1992 dependerá en buena medida la operatividad del art. 48 TRLGDCU, la aplicación más o menos extensa de las potestades administrativas, singularmente en lo tocante a las relaciones de consumo interprivados. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha refrendado esta extensión de la potestad de autotutela fundándola en algunos casos en el principio de eficacia²⁴. Por eso habrá que examinar si es posible justificar con la legislación vigente, la actuación de la Administración en la resolución de conflictos entre particulares, singularmente a propósito de la indemnización de daños probados al consumidor dentro del procedimiento administrativo sancionador. La referencia expresa al art. 51.1 CE cuando sostiene que «los poderes

²³ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», *Aranzadi Civil*, núm. 17, 2008, pág. 3, para quien la posibilidad de realizar las propias denuncias de consumo mediante las Hojas de Reclamaciones que deben existir en los establecimientos abiertos al público (formularios que han sido elaborados y redactados por las propias Administraciones de consumo), contribuye a consolidar este estado de cosas.

²⁴ Cfr. STC 22/1984, de 17 de febrero, donde se dispone que «el art. 103 CE reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que puede encontrar la potestad de autotutela o autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública».

públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios (...) mediante procedimientos eficaces (...)» puede servir de fundamento de la línea de reforma apuntada, aunque justo es reconocer su enorme ambivalencia²⁵, la cual se reitera por ejemplo en el actual art. 8.f) TRLGDCU. Por eso vemos que es justo y conveniente invocar, paralelamente al principio de eficiencia, la idea o noción de seguridad jurídica (que también aparece en el propio art. 51.1 o en el art. 9.3 CE), la cual va unida indefectiblemente a la idea de igualdad ante la ley de los ciudadanos, lo que nos lleva de la mano al principio de unidad de mercado²⁶. Finalmente, según los resultados obtenidos, habrá que justificar si es necesario y viable introducir a nivel autonómico alguna modificación legislativa que permita solventar con la mayor rapidez y seguridad jurídica todo este tipo de conflictos en los que aparece la responsabilidad civil por daños causados.

5. LA OBLIGADA PERSPECTIVA DESDE EL SIEMPRE CONTROVERTIDO ARTÍCULO 130.2 LRJ-PAC

Está claro que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC en adelante) no dejó zanjada la discusión,

²⁵ Cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», *Estudios sobre Consumo (EC)*, núm. 81, 2007, pág. 36. Por otra parte, afirmar que este art. 51 CE, como sostiene Peña, es el «punto de partida» del tránsito dado por el legislador en la evolución legislativa hacia «un protagonismo creciente a la intervención de la Administración Pública en la aplicación del Derecho de consumo», nos parece una afirmación bastante coherente, pues se parte de que son las Administraciones Públicas las que deben habilitar los medios técnicos y materiales necesarios que permitan al consumidor alcanzar la protección perseguida por la aún dispersa legislación existente (Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», *Aranzadi Civil*, núm. 17, 2008, pág. 2).

²⁶ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, L., «Las sanciones administrativas en la Ley General para la defensa de los consumidores», *Estudios sobre Consumo (EC)*, núm. extraordinario, noviembre 1987, págs. 95 y 108, quien apela en esta materia al peso otorgado al que denomina «valor seguridad» entendido como amplio conjunto de garantías del Estado de Derecho, y, al mismo tiempo, sostiene tajantemente que «aunque las Comunidades Autónomas asuman competencias sancionadoras (...), el procedimiento sancionador es materia de regulación estatal al objeto de salvaguardar los debidos criterios de garantía de manera uniforme en todo el territorio nacional». Esta cuestión incide también en el problema del reparto de títulos competenciales en materia de consumo en general, y, en este caso, particularmente en lo que afecta al principio de unidad de mercado que aquí nos interesa. Pues bien, la jurisprudencia constitucional ha venido procediendo en estos casos con base en criterios intuitivos ad hoc, sustentándose en ponderaciones de lo que en cada caso parecía ser el interés preponderante de la materia en cuestión, criterios ciertamente relativistas, de manera que la doctrina más solvente concluye que «es imposible establecer al respecto una regla clara de utilidad general y futura» (Cfr. CARRASCO PERERA, Á., (coord.), *El Derecho de consumo en España: presente y futuro*, INC, 2002, págs. 74-79 y 94).

antes al contrario la dejó abierta, si bien tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han tenido tiempo suficiente para pronunciarse al respecto. Parece claro que el art. 130.2 LRJ-PAC admite abiertamente la «compatibilidad» de las responsabilidades administrativas del infractor sustanciadas en el procedimiento sancionador (sanción) con «la reposición de la situación alterada a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente» (reparación). Pero al dejarse en este punto expresamente «expedita la vía judicial correspondiente» se duda de cuál sea la naturaleza jurídica de esa declaración administrativa, que puede ser diferente según los supuestos de que se trate. Así, por ejemplo, será posible que en ciertos supuestos esa declaración administrativa sobre una obligación indemnizatoria tenga la naturaleza de un acto administrativo, que será vinculante y recurrible en vía contencioso-administrativa, mientras que en otros casos, al corresponder el conocimiento del asunto a la jurisdicción civil (al reconocerse ésta como «la vía judicial correspondiente»), la declaración administrativa carecerá, en la práctica, de efectividad. En esta misma línea de ambigüedad debe considerarse que se mueve ahora el actual art. 48 del reciente TRLGDCU, que es trasunto del art. 130.2 LRJ-PAC. Pero veamos los puntos más sobresalientes de las dudas planteadas, tratando de ofrecer soluciones.

5.1. Resolución de conflictos interprivados por la Administración y problemas de constitucionalidad

La cuestión de constitucionalidad puede plantearse cuando, una vez reconocido que la Administración Pública debe velar con objetividad por la consecución de los *intereses generales* (art. 103.1 CE), se constata la dificultad de coherencia esta pretensión con la determinación de indemnizaciones a favor de particulares perjudicados por infracciones administrativas de consumo. Además somos conscientes de que al poder judicial le corresponde la exclusividad del ejercicio jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), siendo así que lo que aquí se trata de solventar son cuestiones e intereses interprivados, lo que parece ajeno en principio al propio órgano administrativo que realiza tal enjuiciamiento²⁷. En todo caso, si

²⁷ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, vol. I, Valencia, 2001, 4ª ed., pág. 139. ESPINA FERNÁNDEZ, S., «La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (so-

bien cabe la posibilidad de que algún sector opte por invocarla, debe partirse de la dificultad innata que existe para argumentar la inconstitucionalidad de este tipo de previsiones legales, cuya finalidad no es otra que regular adecuadamente la determinación y liquidación de daños entre particulares por parte de las Administraciones Públicas²⁸.

Pues bien, reconociendo la elogiada innovación que supuso en su día la Ley 30/1992 al restablecer el principio de unidad jurisdiccional para conocer las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, un sector de la doctrina administrativista ha venido considerando censurable la línea legislativa que se ha venido a «generalizar» con la aprobación del art. 130.2 LRJ-PAC²⁹. Es decir, una primera aproximación al medular art. 130.2 LRJ-PAC no parece ofrecer dudas en cuanto a los efectos creados: se ha convertido en regla general algo que antes parecía afectar tan sólo a determinadas normas sectoriales. En consecuencia con esta generalización legal parece quedar en entredicho, cuando menos, aquella interpretación restrictiva de lo que el Tribunal Supremo había caracterizado hace mu-

bre la inaplicabilidad del artículo 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiembre de 2007, pág. 4.

²⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, M., «Comentarios a la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios» (coords. R. BERCOVITZ- J. SALAS), 1992, pág. 1000, quien se apoya para esta afirmación en la doctrina administrativista de los profesores R. PARADA (Derecho Administrativo, I, Parte General, 1989, págs. 396-397; Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, pág. 391) y E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (Curso de Derecho Administrativo, 1989, 2ª ed., págs. 181-182).

²⁹ Cfr. por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas dos años después», RAP, núm. 136, 1995, pág. 42, quien, reconociendo las circunstancias por las que algunas leyes permiten determinar mediante un acto administrativo la responsabilidad patrimonial del administrado (art. 110 de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 y artículos 100.1 y 107.1 de la Ley de Costas de 28 de julio de 1988), no comparte la conveniencia de haber introducido en su día en nuestra legislación el art. 130.2 LRJ-PAC, pues considera que siempre es más adecuada la idea de «acudir a un proceso civil para que, con todas las garantías, se determine la responsabilidad y su alcance», justificando asimismo que se limite en la medida de lo posible la aplicación de esa norma. En este mismo sentido, GARCÍA TORRES, J., *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, tomo II, 1993, págs. 415-417, quien entiende que el art. 130.2 LRJ-PAC debe adecuarse nada menos que a una «enérgica reducción de su esfera de aplicación, dejando fuera de ella aquellas hipótesis en que una ley haya previsto que los daños enlazados con una infracción administrativa se fijen y apremien en vía administrativa», por lo que deberá siempre verse «limitada su aplicación a aquellos casos en que falte una previsión específica de que los daños se fijen y exijan en vía administrativa». En última instancia el art. 130.2 LRJ-PAC, entiende García Torres, se aplicará solo a aquellos supuestos residuales en que «la Administración que sanciona sea acreedora de la indemnización por daños originados en la conducta sancionadora y siempre que aquella indemnización se rija por el Derecho privado». En el mismo sentido, PEMÁN GAVÍN, J., «La regulación de la potestad sancionadora de la Administración en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre: notas sobre su tramitación parlamentaria», RAP, núm. 12, 1993, pág. 404.

chos años como una mera facultad «excepcional y privilegiada de la Administración»³⁰.

Cuando se trata de la responsabilidad derivada de daños causados a bienes de titularidad de las Administraciones Públicas (bienes de titularidad jurídico-pública), conviene tener en cuenta toda una serie de sectores y actividades en los que aquéllas no detentan titularidades concretas, pero sin embargo se comprueba fácilmente cómo se ha venido acentuando cada vez más su intervención en la solución de otros conflictos (bienes de titularidad social). Dentro de este tipo de bienes cabe destacar aquí los relacionados con las relaciones de consumo y comercio, en los que tal intervención de la Administración no deriva de una titularidad pública pertenencial de los bienes e intereses dañados, sino que tiene como fundamento último la defensa legal de bienes e intereses jurídicos de diversa naturaleza, como son la protección de la salud y seguridad, los legítimos intereses económicos y sociales, la salvaguarda del medio ambiente, la indemnización y reparación de daños causados por las actividades de caza y pesca, etc. Siendo esto técnicamente criticable en términos generales (ya sea por cuanto que las relaciones *inter privatos* pertenecen al Derecho privado, ya sea porque la Administración puede estar usurpando funciones judiciales que no le corresponden), sí se puede comprobar que tal solución, al menos tal y como están ahora las cosas, en la práctica representa una vía apta y favorable para los particulares ante la inexistencia de una opción mejor para el rápido y efectivo restablecimiento o resarcimiento de sus derechos³¹.

³⁰ Cfr. STS de 7 diciembre de 1977 (R.A. n.º 4883), referente a la determinación de daños y perjuicios ocasionados a la riqueza piscícola por causa de la incorporación a las aguas o a sus álveos de sustancias perjudiciales para la fauna acuática (art. 16 Reglamento de Pesca Fluvial), y que el Tribunal Supremo entendió como una «manifestación del privilegio de autotutela sobre el dominio público», el cual siempre «debe ser utilizado con toda mesura y ponderación».

³¹ Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., La reparación de los daños causados a la Administración, 1998, págs. 334 y sigs., quien entiende aplicable esto a la legislación sobre vivienda y urbanismo, dominio público hidráulico, sanidad animal, derechos de caza y pesca, medio ambiente, sanidad, industria, etc., pero sustantivamente nos interesa fijarnos aquí en el Derecho de Consumo, legislación a la que este autor hace una especial alusión. No obstante, estos «nuevos aires para el régimen administrativo de reparación de daños» se deben entender, a su juicio, de manera «excepcional», esto es, siempre que estemos en presencia de elementos que lo justifiquen, como puede ser el supuesto de la STS de 7 de junio de 1989 (R.A. n.º 4621), que se refería a la legislación defraudada de VPO, y donde se justificaba la intervención administrativa en una relación *inter privatos* tanto por la «naturaleza ejemplificadora» que tiene como en la necesidad de «reaccionar enérgicamente contra el hecho defraudatorio de los particulares que burlen todo el sistema legislativo». Cierta cautela se desprende, si bien referido al dominio público hidráulico, en «Autotutela y control judicial: ¿una sentención innovadora en cuanto a las sanciones y la reparación de daños?», REDA, 1998, núm. 99, pág. 411.

Con independencia de la traslación al mismo art. 48 TRLGDCU, puede verse que buena parte del problema interpretativo es que si bien la Ley 30/1992, a diferencia de lo que hizo más tarde el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprobó el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RPS en adelante), en ningún momento limita su aplicación a los daños o perjuicios causados a la Administración Pública (art. 22.1 RPS). En consecuencia, puede interpretarse que ésta dispone, *prima facie*, de una habilitación general que no aparece constreñida por razones de titularidad. De este modo, podrá afirmarse que bastaría la existencia de una infracción de consumo para que la Administración extienda sus potestades más allá de lo que habría sido su campo tradicional de actuación en las cuestiones de consumo. Y esto tendría lugar con carácter general, es decir, sin subordinarse a sectores en los que se deba reconocer directa y legalmente tal intervención. No habría ningún inconveniente en afirmar, en suma, que el ejercicio de la potestad sancionadora vendría acompañado de un formidable privilegio³². Téngase en cuenta que no se trata del ejercicio de la autotutela como medio de eludir los procedimientos más complejos de la tutela judicial, que debe seguir siendo la regla de la vida civil³³.

Ya en los años 90 tenemos algún sector administrativista que no se mostró tan crítico con la interpretación generalista y extensiva del art. 130.2 LRJ-PAC. Así, por ejemplo, se recurrió al argumento de la eficiencia y de la supuesta irracionalidad que existiría al tratar de manera diferenciada, según afecte a los intereses públicos o interprivados, el desempeño de las potestades administrativas en el ámbito medioambiental. Es decir, se entiende que una situación de daño público ambiental entre los mismos actores y con idéntico objeto no puede ser tratada de forma distinta conforme a derecho (presencia o ausencia de capacidad de determinación en vía ejecutiva por la Administración), o que sea enjuiciada ante jurisdicciones diferentes con resultados superpuestos o contradictorios (civil o contencioso-administrativa)³⁴. Co-

³² Cfr. CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», RAAP, 2000, núm. 40, pág. 312.

³³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.-R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 13ª ed., 2006, págs. 518 y 526, quienes hablan de los abusos de autotutela que definen como «privilegios odiosos», siempre que se hagan con esa finalidad de eludir «los procedimientos más complejos de la tutela judicial», que no es el caso específico que aquí planteamos. Aquí tan solo debe hablarse de la autotutela declarativa que goza de una presunción de legalidad que no se destruirá sino por sentencia posterior, lo que permite, en efecto, sostener que el acto administrativo es, sin duda, el «más formidable privilegio posicional de la Administración en sus relaciones con los administrados».

³⁴ Cfr. JORDANO FRAGA, J., La protección del Derecho a un medio ambiente adecuado, 1995, pág. 528. También se debería prescindir a juicio de este autor del previo reproche

mo podemos comprobar la cuestión se centra, una y otra vez, en determinar la viabilidad de la asunción por parte de la Administración de atribuciones que son consideradas tradicionalmente judiciales. Ya hemos reseñado que numerosas leyes estatales y autonómicas vienen extendiendo los ya amplios dominios de las potestades administrativas. Parece, en suma, que el particular afectado por una decisión administrativa que incluya la determinación de responsabilidad civil podrá acudir, en última instancia a la jurisdicción contenciosa. Pero, entre tanto, la Administración habrá podido unir a la denominada autotutela declarativa, la llamada autotutela ejecutiva. Se ha sostenido, y compartimos este juicio, que la Administración se encuentra legitimada para actuar, con eficacia inmediata, en campos tradicionalmente reservados a la competencia de los tribunales ordinarios, y, además, podemos añadir a continuación, que si hay voluntad de hacer lo art. 48 TRLGDCU puede venir a justificar y explicitar mejor tal actuación, al menos en el ámbito de las relaciones con consumidores y usuarios³⁵.

5.2. La intervención administrativa en la resolución de conflictos en el ámbito del Derecho de consumo

Ya hemos reseñado cómo determinadas legislaciones de consumo han modificado recientemente sus normas de consumo, permitiendo que las Administraciones Públicas, a través de actos administrativos dotados de ejecutividad, se involucren en la toma de decisiones en conflictos interprivados nacidos de las relaciones de consumo. Los supuestos más recientes los tenemos en la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto de Consumidor de Castilla-La Mancha y la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Consumo de Aragón. Una interpretación restrictiva del art. 130.2 Ley 30/1992, en estrecha conexión con el art. 48 TRLGDCU, nos podría llevar, al menos hipotéticamente, a la declaración de una eventual inconstitucionalidad de este art. 48 TRLGDCU. Pero tal y como hemos argumentado más arriba, existe un amplio margen de interpretación para entender que las potestades que pueden asumir las Comunidades Autónomas, en orden a la com-

punitivo; no será precisa, a su entender, la imposición de una sanción o, más en general, la tramitación de un expediente sancionador, para que la propia Administración se encuentre habilitada para fijar y reclamar el importe de los daños y perjuicios causados tanto a la Administración como a los particulares.

³⁵ Cfr. CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», RAAP, 2000, núm. 40, pág. 315.

posición de intereses privados nacidos de las relaciones de consumo, no quiebra la doctrina ni el estado de cosas que ahora conocemos. Tan sólo será muy conveniente justificar adecuadamente, mediante ley, cuáles son los supuestos y las circunstancias en que tales potestades administrativas pueden pronunciarse en estas cuestiones indemnizatorias, al menos en materia de consumo, sin que con ello se entiendan forzados los principios jurídicos básicos en que se sustentan.

A la hora de plasmar lo antedicho, el primer requisito es que la conducta infractora del consumidor haya transgredido al mismo tiempo un interés público y un interés privado, de modo que esta doble faceta forme parte del mismo supuesto de hecho tipificado por la infracción administrativa. Y el segundo requisito, indefectiblemente unido al anterior, es que la *tutela del interés privado* por parte de la Administración afecte o quede vinculado a la satisfacción del interés general objetivo al que debe plegarse siempre toda actuación administrativa³⁶. La idea sustancial, basada sustantivamente en un criterio moderno de eficiencia administrativa, es que hoy más que nunca se hace imprescindible mitigar una de las carencias más llamativas de nuestro sistema administrativo sancionador de consumo, y que no es otro que la necesidad de que dentro de un mismo procedimiento se puedan determinar y liquidar las compensaciones y responsabilidades sobre las que tienen algún derecho los consumidores afectados por cualquier infracción de consumo³⁷. Tanto la situación de clara frustración de los consumidores, que, muy frecuentemente, denuncian en vía administrativa la comisión de una infracción de consumo, sin que su interés particular (reposición e indemnización de daños y perjuicios) sea efectivamente restablecido dentro del procedimiento, como el presumible despilfarro de recursos públicos, por cuanto que al terminarse éste la mayoría de las veces no han podido resarcirse los

³⁶ Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 14. En este mismo sentido también PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», Aranzadi Civil, núm. 17, 2008, pág. 8.

³⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., El Derecho de consumo en España: presente y futuro, INC, 2002, págs. 409-411. CORDERO LOBATO, lo trata de explicitar y justificar afirmando que «los costes adicionales en que incurriría la Administración en la liquidación y cobro de los daños sean menores que los costes que generaría remitir las pretensiones interprivadas al procedimiento civil», tal y como hace en «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, págs. 14-15. En este elenco de costes incluye: el ejercicio del derecho por parte de la víctima en la vía civil; la conveniencia de la realización del Derecho a pesar de la escasa cuantía de los daños causados; la superación de la frustración del consumidor; y la consecución de una inversión eficiente y racional de los recursos públicos.

intereses de los particulares afectados por la infracción, son razones de peso que todavía deben hacerse valer ante el legislador³⁸. Abundando en este razonamiento, se puede constatar también cómo la opinión pública es cada vez más permeable a justificar la inversión de recursos públicos en estas soluciones, dándoles preferencia sobre la otra posibilidad de ensayar la lenta vía judicial. Además, la práctica nos enseña que relegar la solución de los conflictos de consumo a la vía judicial civil, máxime si se trata de asuntos de escasa cuantía, es desalentador en la mayoría de las situaciones³⁹. El sistema legal aplicable, en efecto, parece que debiera abrirse más aún a la posibilidad de liquidar las indemnizaciones debidas a particulares dentro del mismo procedimiento administrativo sancionador. De no ser así, la proyección de la protección pública en materia de consumo será cada vez más criticada, al mostrarse incapaz de satisfacer las legítimas exigencias de los particulares y por no saber responder a las expectativas que los consumidores hubieren depositado en las Administraciones Públicas en la tutela efectiva de sus intereses⁴⁰.

5.3. El contenido de la potestad administrativa de reposición e indemnización de daños y perjuicios causados al consumidor

Parece claro que el art. 48 TRLGDCU viene a posibilitar que la Administración Pública competente pueda resolver acerca de la responsabilidad civil aneja a una infracción administrativa de consumo. La relación de consumo al venir supeditada generalmente a una previa relación contractual sobre bienes o servicios, viene a exigir que el contenido de la resolución administrativa deba acomodarse al objeto de tales relaciones negociables interprivadas. Con carácter general, debe haberse probado dentro del procedimiento administrativo abierto que los comportamientos examinados al denunciado forman parte de

³⁸ Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 14.

³⁹ Cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», Estudios sobre Consumo (EC), núm. 81, 2007, pág. 37, quien justifica la extensión al ámbito del consumo de la posibilidad de que la Administración sea capaz de liquidar los daños generados a particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador, en el hecho de la escasa cuantía que suelen presentar las reclamaciones de consumo, que las hacen poco atractivas al usuario (poco rentables podría añadirse también), siendo al mismo tiempo conscientes de la usual afectación de un elevado número de consumidores, lo que les lleva a pensar en la necesidad paralela de una respuesta directa y enérgica contra el hecho defraudatorio en su conjunto.

⁴⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., El Derecho de consumo en España: presente y futuro, 2002, INC, pág. 296.

uno de los supuestos tipificados por el Derecho administrativo sancionador. A continuación deberá diferenciarse, una vez probada la infracción correspondiente, si ésta supone una relación de tracto sucesivo o simplemente se trata de una relación específica de consumo ya consumada, a efectos de la restitución a su «estado original» de la situación alterada por la infracción (art. 48 TRLGDCU). En esta materia deberán aplicarse los criterios de Derecho privado que afectan a cualquier restitución. De la misma manera, de apreciarse la causación de daños y perjuicios al consumidor como consecuencia de una infracción administrativa de consumo («daños probados»), la estimación y liquidación de los daños irrogados a particulares, aun cuando sea realizada en vía administrativa, deberá guiarse a nuestro juicio por los criterios generales del Libro II de «Contratos y garantías» del TRLGDCU, entre los que habrá de tener en cuenta, lógicamente, los artículos 1101 y siguientes o 1902 y siguientes del CC, en función de si el ilícito administrativo es contractual o extracontractual, todo ello al amparo del art. 59.2 TRLGDCU que remite expresamente a éstos⁴¹. En el caso de que la infracción incluya la causación de daños al consumidor por tratarse de bienes o servicios defectuosos, habrá que tener en cuenta para su estimación las disposiciones del Libro III del TRLGDCU que regula la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos» en sus artículos 128 a 149⁴².

6. LA CUESTIÓN DENTRO DEL REGLAMENTO GENERAL DEL PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA

El RPS aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto, se inclina por dar distinta eficacia a la declaración administrativa recaída sobre daños y perjuicios en función del supuesto contemplado, y así, su

⁴¹ «Los contratos consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en normas especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles» (art. 59.2 TRLGDCU).

⁴² Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», Aranzadi Civil, núm. 17, 2008, págs. 9-10, quien matiza que no estamos ante un mero incumplimiento contractual sino ante la determinación de las consecuencias civiles de una infracción administrativa de consumo. De este modo, por ejemplo, no será posible que la Administración integre un contrato en el que se han incluido cláusulas abusivas (infracción conforme al art. 49.1.f) TRLGDCU), por cuanto que puede afirmarse que se trata de una medida que va más allá del puro resarcimiento de daños, ni tampoco, por idéntico motivo, tendrá la potestad de condenar a un empresario a seguir prestando un servicio en el marco de una relación contractual que forme parte de la infracción administrativa (como pueda ocurrir por ejemplo en los supuestos específicos del art. 49.1.d) ó 49.1.j) TRLGDCU).

art. 22.1 reconoce que esa declaración tendrá la eficacia de un acto administrativo cuando «las conductas sancionadas hubieren causado daños o perjuicios a la Administración Pública», debiendo quedar determinada su cuantía durante el procedimiento. Por lo que parece, sólo se permite que dentro del procedimiento administrativo sancionador se liquiden los daños y perjuicios causados a la Administración; no, en consecuencia, aquellos otros daños causados a los particulares perjudicados por la conducta infractora. De reconocerse que esto debe ser así con base en lo argumentado más arriba, cabrá asimismo incluir dentro de la liquidación de daños causados a la Administración, aquellos otros supuestos específicos en los que la liquidación aneja de daños y perjuicios causados a terceros (consumidores) constituya parte integrante del supuesto de hecho tipificado como ilícito administrativo, lo cual sucede cada vez con mayor frecuencia. Piénsese significativamente, por ejemplo, en todos aquellos supuestos en que el daño causado por el infractor a terceros acontece en el desempeño de funciones que vienen a materializar un interés público, como suele ser la realización de actividades que hayan sido autorizadas por la Administración mediante concesión administrativa o los supuestos de los llamados servicios regulados⁴³. En estos casos el procedimiento administrativo sancionador y la ejecutividad propia de los actos administrativos no están estrictamente al servicio de un interés privado, si acaso al de un interés público gestionado por particulares, sean éstas personas físicas o jurídicas. De ahí que pueda sostenerse su inclusión en el procedimiento, máxime cuando en la mayoría de los supuestos la cuantificación de daños y perjuicios debe realizarse para graduar la sanción que deba imponer la Administración (muy grave, grave, leve) y, en bastantes casos, como ya apuntamos, también resulta necesaria para la propia tipificación de algunas infracciones administrativas, como son las que suponen la mera transgresión de normas de Derecho privado y en las que se tiene en cuenta la cuantía del beneficio obtenido por el infractor en su aplicación (art. 50.1 TRLGDCU).

En cualquier caso esta previsión reglamentaria del art. 22.1 RPS en la aplicación del art. 130.2 Ley 30/1992, en la que únicamente se consideran aquellas conductas sancionadas que hubieren causado daños y perjuicios a la Administración, no es ni mucho menos pacífica. La discusión se traslada habitualmente al hecho de si la Administración puede o no imponer una reparación de daños y perjuicios a favor

⁴³ Cfr. en este sentido CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 9.

de terceros dañados (interprivados), por cuanto que se entiende que las potestades decisorias de la Administración están aquí fuera de lugar. Para un amplio sector doctrinal tales cometidos deberían trasladarse siempre a su ámbito natural que, como se sostiene, sería el ámbito jurisdiccional civil. Presume esta doctrina que sin expreso respaldo de una ley las normas reglamentarias no tienen fuerza para hacer derivar la competencia judicial en una simple competencia administrativa, y es que, en efecto, el art. 22 RPS «sólo admite la imposición del deber de reparar los perjuicios cuando éstos se hayan producido en la Administración, no en otras personas»⁴⁴. Merece subrayarse, pues, el carácter dubitativo de nuestro sistema en esta materia al plantearse una y otra vez el alcance de la potestad decisorio-ejecutiva de la Administración en orden a la exigencia de la reposición e indemnización de daños y perjuicios interprivados, pues si la imposición de lo uno y lo otro pudiera hacerse por vía administrativa, a salvo el recurso judicial posterior en la Jurisdicción contencioso-administrativa, sobraría la referencia legal a que en caso de incumplimiento por el infractor quedará siempre «expedita la vía judicial correspondiente». Con todo esto, algún sector administrativo concluye que existe una clara «impotencia administrativa» en todos aquellos supuestos en los que «el damnificado por el hecho infraccional es otro particular, lo que explicaría la remisión a la jurisdicción civil, pues se trataría de evitar la atribución a la Administración con motivo del expediente sancionador de una competencia arbitral o cuasi-judicial civil entre particulares»⁴⁵.

Así todo, como eje argumental de nuestra exposición, es preciso retomar y volver a reflexionar sobre la conveniencia de dar entrada a los terceros dañados por una infracción administrativa, particularmente en el ámbito específico del Derecho de consumo. Parece in-

⁴⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T-R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ª ed., 2006, pág. 203-204, donde se invoca, entre otros argumentos, la STS de 10 de noviembre de 1924 (BOE 11 de julio de 1925), Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil (728), Sala 1ª de lo Civil, donde se afirma, a propósito de una cuestión atinente a la Ley de Minas de 1859, que por cuanto que «afecta exclusivamente al patrimonio privado de los litigantes», no alcanzado el convenio al respecto, «solamente se puede ventilar conforme a las reglas de derecho común ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, requerida y expresamente consentida en este caso, en el que no existe duda respecto a la peculiar competencia de su actuación por razón de la materia controvertida (...)».

⁴⁵ Cfr. por todos, PARADA, R., Derecho Administrativo, tomo I, 16ª ed., 2007, pág. 445-446. Con todo, puede observarse que su afirmación se hace en términos un tanto dubitativos, pues afirma que «parece, pues, que el órgano competente lo es para determinar el alcance de lo que debe ser repuesto a su primitivo estado o restituido por vía de indemnización de daños y perjuicios, pero que no puede imponer ni lo uno ni lo otro por vía de ejecución administrativa». Es decir, parece justificar una determinación de los daños en vía administrativa, pero con escasas posibilidades de ejecución al respecto.

cuestionable que el particular dañado, en caso de desacuerdo, podrá acudir a la vía contencioso-administrativa, tratando así de revisar al alza una determinación administrativa sobre la reparación e indemnización recaída mediante una resolución. Partimos de que, al margen de los colapsos judiciales que puedan darse por razón de eventuales reclamaciones reiteradas y colectivas de escasa cuantía, la rapidez es siempre un factor indispensable, al margen de la necesidad de evitar la extendida creencia acerca de la existencia de la frustración del consumidor medio. A este respecto, mención específica merece la recomendación que ya hizo en su día el propio Consejo de Estado, en la línea de incorporar al texto definitivo del Decreto 1384/1993 la idea de que la fijación de la indemnización de daños y perjuicios alcanzase a terceros, afirmando expresamente que esto debería hacerse «en garantía de los intereses de los particulares por la acción u omisión constitutiva de infracción administrativa»⁴⁶. Esta recomendación no fue atendida en su día, pero la lógica de tal posición jurídica sobre la no limitación del resarcimiento a los exclusivos daños causados a la Administración, contrariamente a lo establecido en el art. 22.1 RPS, sigue siendo igualmente válida y actual hoy en día, es más, ahora tal vez con mayor fundamento que en aquel entonces⁴⁷. Téngase en cuenta, además, que el mismo RPS declara la aplicación de su normativa «en defecto total o parcial de procedimientos específicos previstos en las correspondientes normas» (art. 1.1 RPS).

Asimismo la realidad nos muestra que necesariamente deben tenerse en cuenta los diferentes reglamentos de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de las distintas Comunidades Autónomas. Así podemos comprobar, como acontece en la Comunidad de Madrid, el cambio legal operado por Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, que aprobó un nuevo Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, derogando el anterior Decreto 77/1993, de 26 de agosto, con efectos de 14 de diciembre de 2000. Y si bien este Reglamento no distinguía entre la distinta ti-

⁴⁶ Cfr. Dictamen del Consejo de Estado núm. 660/93, Sección 3ª, 10 de junio de 1993, sobre el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, Recopilación de Doctrina Legal 1993, Madrid, 1994, págs. 976 y sigs., donde se afirma que el art. 22 del Proyecto de RPS, objeto de consulta, «contenía una regulación que respondía al designio de lo dispuesto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto contenía un principio general, no sin precedentes formulaciones en algunas leyes sectoriales, que nada impone constreñir al resarcimiento a la Administración. Debía, pues, en esta materia, en garantía de los intereses de los particulares por la acción u omisión constitutiva de infracción administrativa, incorporar al texto las reglas 2 y 3, del artículo 22, en su versión anterior» (pág. 992, Recopilación 1993).

⁴⁷ Cfr. en este sentido, por todos, CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», RAAP, 2000, núm. 40, pág. 321.

tularidad de los daños posibles, ahora tan sólo menciona «los daños y perjuicios causados a la Administración» mediante infracción administrativa (art. 15.1 Decreto 245/2000), de manera idéntica a lo que hace el art. 130.2 Ley 30/1992 al que pretende adaptarse sin duda. Sin embargo, y esto es lo importante, puede observarse una clara distorsión legal en la propia legislación de la Comunidad de Madrid u otras cuando vemos, por ejemplo, que dentro de otras regulaciones sectoriales se faculta a los mismos particulares perjudicados reintegrarse por vía administrativa de aquellas cantidades indebidamente percibidas por el infractor, tal y como vemos que ocurre por ejemplo dentro del régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la misma Comunidad de Madrid, aprobado posteriormente por Ley 9/2003, de 26 de marzo⁴⁸. El mismo fenómeno distorsionador se reproduce de manera similar en otras Comunidades Autónomas.

Debe llamarse la atención sobre la disparidad de legislaciones autonómicas que regulan en sus normativas distintos aspectos que afectan al procedimiento sancionador⁴⁹, y si bien no hay nada particularmente novedoso que deba resaltarse en su conjunto, si merece la pena

⁴⁸ Cfr. art. 11.1.c) Ley 9/2003, de 26 de marzo, Régimen sancionador en materia de viviendas protegidas de la Comunidad de Madrid, donde se dispone que, cuando proceda, además de otras sanciones se impondrá al infractor la obligación de «reintegrar a los adjudicatarios, adquirentes o arrendatario, las cantidades indebidamente percibidas (...)».

⁴⁹ En algunos Reglamentos sancionadores, como es el caso de Asturias (Decreto 21/1994, de 24 de febrero), Canarias (Decreto 164/1994, de 29 de julio), Cantabria (Ley 9/2001, de 22 de diciembre; Título II. Medidas administrativas) y Castilla-León (Decreto 189/1994, de 25 de agosto), no se contempla referencia alguna a la reposición e indemnización. En otros, como en Baleares (Decreto 14/1994, de 10 de febrero), al igual que Madrid (Decreto 245/2000), sólo se regulan los daños causados a la Administración mediante infracción administrativa, de la misma manera que se hace en el art. 130.2 Ley 30/1992. Lo mismo ocurre en Aragón (Decreto 28/2001, de 30 de enero). Sin embargo, en otros Reglamentos sancionadores, como es el caso de Cataluña (Decreto 278/1993, de 3 de noviembre), no se distingue, lo que facilita el argumento en favor de una interpretación amplia. En el caso específico de Extremadura (Decreto 9/1994, de 8 de febrero), si bien se establece que «el importe de los daños y perjuicios causados a terceros será determinado en la misma resolución (que pone fin al procedimiento sancionador) conforme a lo establecido en las normas y disposiciones que resulten de aplicación» (art. 16.2), sin embargo a continuación, en el mismo art. 16, se establece que tal indemnización solamente procederá en el caso de que los daños y perjuicios se causen a la Administración (art. 16.3 Decreto 9/1994, de 8 de febrero), estimando así la observación realizada en su día por el Dictamen del Consejo de Estado 1145/93, sección 3ª, de 28 de diciembre, al afirmar que el «procedimiento no es obviamente aplicable a los daños y perjuicios causados a terceras personas y entidades, cuya satisfacción deberá producirse en la forma prevista por el art. 130.2, in fine de la LRJ-PAC» (Recopilación de Doctrina Legal 1993, Madrid 1994, págs. 1020 y sigs., punto 15, párrafo 2º). Calvo ha sostenido, a nuestro juicio con razón, que es extraña esta solución que deja vacía de contenido la determinación indemnizatoria de la resolución indemnizatoria (Cfr. CALVO DEL POZO, J., «Potestad sancionadora e indemnización de daños y perjuicios de dominio público», RAAP, 2000, núm. 40, pág. 322, cita 137). Mención aparte merece la Ley 2/1998, de 20 de febrero, del Parlamento Vasco sobre potestad sancionadora de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 12).

destacarse la singularidad de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, del Parlamento Vasco sobre potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que expresamente sostiene que «las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia a los responsables de la reposición a su estado originario de la situación alterada por la infracción, así como con la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la misma» (art. 12 Ley 2/1998, de 20 de febrero)⁵⁰.

No cabe duda de que a través del art. 130.2 LRJ-PAC se consagra como regla general lo que hasta entonces aparecía disperso en bastantes normativas sectoriales. Ahora, mediante el art. 48 TRLGDCU puede justificarse, al menos en el ámbito del procedimiento de consumo, la posibilidad de satisfacer rápida y eficazmente a terceros particulares a quienes afecte la infracción administrativa, siempre y cuando tales daños y perjuicios hayan sido debidamente probados y cuantificados en el procedimiento correspondiente. El *salto jurídico* es importante, pues de la mera justificación de la intervención de la Administración en materias que afectan a la vivienda protegida, el medio ambiente o el urbanismo, por ejemplo, se pasa al campo del derecho de consumo, materia interdisciplinar muy afín al Derecho privado y sobre la que pivotan, cada vez más y con mayor fuerza, muchas políticas sociales, particularmente en lo atinente a la ordenación del comercio minorista y la empresa (Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista), la libre competencia o las prácticas comerciales desleales (Ley 15/2007 de Defensa de la competencia; Ley 3/1991, de Competencia Desleal o Anteproyecto de Ley de agosto de 2008⁵¹, que proyecta modificar la LCD, TRLGDCU y LOCM transponiendo la Directiva 2005/29 del Parlamento Europeo sobre prácticas comerciales desleales). Además debe tenerse en cuenta que muchas de las infracciones administrativas de consumo, cada vez en mayor grado, exigen de suyo cuantificar el importe de la indemnización según el beneficio que hubiere obtenido el infractor al transgredir la norma de consumo (art. 50.1 TRLGDCU). Y piénsese que este infractor puede haber obtenido tal beneficio, no sólo a costa de los bienes de dominio público o servicios públicos dañados (de la Administración), sino también, como ocurre frecuentemente en el ámbito del consumo, puede estar relacionado con los mismos daños y perjuicios que hu-

⁵⁰ La doctrina administrativista desde perspectivas y planteamientos bien diversos ha elogiado de manera superlativa esta ley, desde el profesor A. NIETO, en *Derecho administrativo sancionador*, 4ª ed., 2005, pág. 21, hasta los profesores J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 2007, Tomo II, 4ª ed., pág. 2786.

⁵¹ Aprobado por Consejo de Ministros el día 29 de agosto de 2008.

bieren podido sufrir los particulares, lo que comportará la justa y necesaria determinación de los mismos dentro del procedimiento administrativo reglado. En otras muchas ocasiones, también puede comprobarse cada vez en mayor número, cómo es la propia Administración la que debe fijar el monto total del importe de los daños causados (incluidos los daños causados a particulares), a efectos de la determinación y graduación de la sanción de consumo tipificada por ley.

Salvando las distancias, el art. 48 TRLGDCU sirve para diferenciar o separar, como hace por ejemplo el art. 12 Ley 2/1998 sancionadora del País Vasco, «las responsabilidades administrativas» propiamente dichas «que se deriven del procedimiento sancionador» de lo que supone la reparación e indemnización de daños y perjuicios. Pues bien, aunque el art. 48 TRLGDCU no diga nada en este punto, puede deducirse claramente que la sanción en cuanto tal y la exigencia administrativa de reposición e indemnización son dos requerimientos perfectamente compatibles. Con todo, la pregunta que podemos hacernos es si bastará para sostener lo anterior el art. 130.2 LRJ-PAC o será necesaria, o cuando menos conveniente, una norma sectorial que así lo establezca. Previsiblemente, el legislador ha incluido ese art. 48 TRLGDCU para solventar los problemas que puedan plantearse al respecto por parte de quienes pretendan llevarlo adelante. La manera de presentarlo ha sido bien fácil, pues sin añadir nada nuevo, se invoca en el ámbito del consumo la aplicación del art. 130.2 LRJ-PAC. En cualquier caso, la doctrina viene entendiendo mayoritariamente que el art. 130.2 LRJ-PAC constituye base suficiente para sostener que la Administración puede actuar directamente y exigir por vía administrativa las indemnizaciones que hubieren sido probadas⁵².

Es precisamente en esta concurrencia de interés público e interés privado donde entra en juego el límite marcado por el art. 48 TRLGDCU, siendo necesario tratar de contribuir a despejar y solventar en la práctica alguno de esos «déficits de protección del consumidor» a los que se refiere de manera tan genérica la Ley 44/2006. Dicho en términos más claros, partimos de la idea de que únicamente se podrá evitar la frustración del consumidor perjudicado que no satisface su pretensión indemnizatoria en vía administrativa, cuando veamos que su conducta sea tipificada como parte integrante de una infracción concreta, y cuando se posibilite que su importe sea cuantificado y necesariamente graduado al objeto de determinar con precisión la sanción correspondiente (leve, grave, muy grave). Pues bien, evitar esa frus-

⁵² Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., *Ley de la potestad sancionadora. Comentario Sistemático*, 2006, pág. 217.

tración o quiebra (que también lo es del conjunto del sistema de protección del interés público por la norma sancionadora), no es más que la justificación de fondo que apareció, en su día, en la enmienda transaccional que dio lugar a la redacción del actual art. 48 TRLGDCU tal y como está ahora⁵³, al entenderse, en efecto, que la actual situación de remedios jurídicos «resulta desalentadora para el consumidor que observa como, pese a producirse la sanción administrativa, no se resuelve en el mismo procedimiento el resarcimiento»⁵⁴. El desaliento puede existir, en efecto, y se debe tratar de subsanar. Otra cosa es que el procedimiento sancionador administrativo previsto en este momento sea el más adecuado con la ley vigente, o esté a la altura de las circunstancias para tratar de evitar la frustración del consumidor cuando no vea reconocida su particular pretensión de consumo ante la Administración competente, aun cuando se imponga una sanción administrativa ejemplar al infractor.

7. LA EFICACIA DE LA DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO

Un primer problema es conocer la virtualidad jurídica de la determinación de la «indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor» realizada por el órgano competente en vía administrativa. Como expusimos, existen poderosas razones de orden práctico que permiten justificar que sería razonable atender a tales liquidaciones en vía administrativa. Pero nos encontramos con que en la redacción de la normativa general aplicable en estos momentos (LRJ-PAC y RPS), tal declaración acerca de la estimación de la cuantía de los daños y perjuicios causados a los consumidores, aun formando parte del proceso administrativo sancionador, no tiene clara-

⁵³ Fundada en tres enmiendas distintas de los grupos parlamentarios GP Mixto y GP Izquierda Unida-IC.

⁵⁴ En esta misma línea, por ejemplo, en el ámbito doctrinal, CARRASCO PERERA, Á., ha venido destacando como paradójica la circunstancia de que de una norma que tipifica como infracción la lesión de un derecho o interés privado no pueda esperarse, en cambio, que los intereses particulares del consumidor al amparo de esa norma (reparación, indemnización, sustitución, etc.) sean restablecidos mediante la propia resolución administrativa sancionadora (Cfr. El Derecho de consumo en España: presente y futuro, INC, 2002, pág. 411). Asimismo, CORDERO LOBATO, E., para quien el daño privado en que se concreta una infracción de consumo supone una frustración total del interés público que la norma pretende salvaguardar, así como la inutilidad absoluta de los recursos públicos invertidos en la realización de ese interés (Cfr. «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, pág. 10).

mente configurada la naturaleza jurídica del acto administrativo en sentido estricto que respalde tal decisión, al no despejarse de una vez por todas las dudas, al menos para algún sector doctrinal, sobre el alcance de la potestad administrativa sancionadora a la hora de resolver sobre la responsabilidad civil aneja a una infracción administrativa de consumo: ni la reposición ni la indemnización, sostienen, podrá imponerse por vía de ejecución administrativa⁵⁵.

Los términos de la discusión quedan acotados a precisar cuál es exactamente la eficacia jurídica de la resolución administrativa que determine responsabilidades civiles en materia de consumo o, más exactamente, si ésta es o no plenamente ejecutiva, es decir, si podrá ejecutarse en vía administrativa sin el auxilio de los órganos jurisdiccionales, utilizando la vía de apremio o cualquier medio de ejecución forzosa del art. 96 de la Ley 30/1992. Parte de las dudas provienen ahora, de nuevo y con más fuerza, con la redacción del propio art. 48 TRLGDCU, al establecerse que quedará «expedita la vía judicial» una vez dictada la resolución administrativa que hipotéticamente haya podido resolver sobre la reposición e indemnización de daños y perjuicios causados a particulares.

En principio, no hay base jurídica que permita negar de manera concluyente tal ejecutividad de la resolución administrativa en sentido lato (arts. 56, 57 y 94 Ley 30/1992)⁵⁶, pero, en cambio, la ambigua referencia a la posibilidad de acudir a la «vía judicial» que queda «expedita» (art. 48 TRLGDCU), nos obliga a retrotraernos a las mismas dificultades interpretativas que ya se plantearon con el art. 130.2 Ley 30/1992 («vía judicial correspondiente»), que es además al que se refiere literalmente el mismo art. 48 TRLGDCU: «conforme a lo previsto en el artículo 130.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, (...)»⁵⁷. No es extraño, pues, que haya un sector de administrativistas que piensen que en estos casos el órgano administrativo competente tan sólo «lo es para determinar *el alcance* de lo que debe ser repuesto a

⁵⁵ Cfr. por todos, PARADA, R., Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, 1993, pág. 391.

⁵⁶ El art. 48 TRLGDCU, como vimos, no dice explícitamente nada a este respecto, y el art. 22.2 RPS establece el carácter «inmediatamente ejecutivo» de la resolución dictada en el procedimiento complementario que pueda existir cuando la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios «no haya quedado determinada durante el procedimiento» principal.

⁵⁷ Esto, por ejemplo, ya hizo dudar a algunos autores, pensando que la solución deberá provenir del órgano jurisdiccional a quien se confíe la solución del problema. La Ley 30/1992, se sostiene, es neutral al respecto, por lo que del hecho de no expresarse por la norma que se refiere al orden civil podría «concluirse que no estamos ante un acto administrativo» (Cfr. RÍO MUÑOZ, F. del, «La responsabilidad civil en los procedimientos sancionadores administrativos», RAAP, 1996, núm. 25, pág. 34).

su primitivo estado o restituido por vía de indemnización de daños y perjuicios, pero que *no puede imponer* ni lo uno ni lo otro por vía de ejecución administrativa⁵⁸. De una manera más explícita aún, se ha llegado a decir que tal resolución administrativa dictada al amparo del art. 130.2 Ley 30/1992, «sin que tenga los *efectos propios del acto administrativo*, servirá para *orientar* al perjudicado a la hora de dirigirse a la vía judicial civil por daños y perjuicios, no encontrándose vinculado por la determinación de la cuantía realizada por la Administración⁵⁹. Tal planteamiento, siendo tan contundente y explícito, ha tenido la suerte o la desgracia de haber sido incorporado tal cual en un informe oficial elaborado por el propio Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo), y adoptado en su día por la Comisión de Cooperación de Consumo en 2007⁶⁰. Para nosotros es desafortunado, al igual que la indeterminación y ambivalencia con la que viene redactado ese informe.

Teniendo en cuenta todos los antecedentes más arriba expuestos, pensamos que explicar la ejecutividad de un acto administrativo según la naturaleza de los intereses en juego (públicos, privados), si bien tiene un claro fundamento jurídico, no debe obviar la búsqueda de lo que está detrás de la finalidad sancionadora y ejemplar de cual-

⁵⁸ Cfr. por todos, PARADA, R., Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, 1993, pág. 391, quien argumenta de esta manera pues entiende que si la imposición de lo uno y lo otro pudiera hacerse por vía administrativa, a salvo el recurso judicial posterior a la jurisdicción contencioso-administrativa, sobraría la referencia a que en caso de incumplimiento queda expedita la vía judicial correspondiente. A su juicio, esta solución de impotencia administrativa en la ejecución de la responsabilidad civil puede estar justificada en aquellos casos en que el damnificado es otro particular, lo que explicaría entonces la remisión a la jurisdicción civil.

⁵⁹ Cfr. PALMA DEL TESO, Á., Administración Pública y Procedimiento Administrativo (coord. TORNOS MÁS, J.), 1994, pág. 483, quien lleva la interpretación hasta sus últimas consecuencias, aun en el caso de que los daños sean causados a la Administración, pues sostiene que «si ha sido totalmente posible la reposición de la situación alterada a su estado originario no podrá ser exigida, de forma compatible, la indemnización de daños y perjuicios» (pág. 484). Sin embargo, esta tarea orientadora, ha sido calificada como «extraña función de mediación y sugerencia de indemnizaciones», que no merecería la pena en cuanto tal por lo costosa que es para el erario público, ni tampoco parece propio que se le encargue a un órgano investido de poder público (PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», Aranzadi Civil, núm. 17, 2008, pág. 16-17), a no ser que, a nuestro juicio, se pretenda ir un paso más allá con base en los principios de economía procesal y de eficacia, dando plena virtualidad jurídica a la resolución sobre responsabilidad civil con fundamento en el ambiguo art. 48 TRLGDCU.

⁶⁰ Cfr. pág. 26 del «Informe al artículo 1.12 de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (LMPC), por el que se introduce en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios un nuevo apartado 4 al art. 36 de dicho texto legal» (ahora art. 48 TRLGDCU), adoptado por la Comisión de Cooperación de Consumo de 19 de julio de 2007, opinión reiterada posteriormente en la pág. 5 del «Borrador de Informe complementario al análisis de la Ley 44/2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios» (LMPC).

quier norma infringida. Además, en el caso del Derecho de consumo ésta aparece cada vez más unida al carácter tuitivo y protector de los poderes públicos sobre los derechos básicos de los consumidores, entre los que está indiscutiblemente «*la indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos*» (art. 8, c) TRLGDCU), lo cual está en justo correlato a la mención de los «poderes públicos» en el art. 51.2 CE al afirmarse que a estos compete la protección, «*mediante procedimientos eficaces*», de «*la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores*». Además, ocurre que ambos intereses (públicos, privados) están al mismo tiempo presentes en muchos supuestos de infracciones de consumo, donde fácilmente se comprueba que aparecen imbricados entre sí. Todo esto abona la postura en favor de la consecución de la finalidad resarcitoria del procedimiento administrativo de consumo, siendo conveniente que la resolución que pueda dictarse sea ejecutiva en toda su integridad y amplitud. Tan solo habría que justificar adecuadamente las situaciones y requisitos en los que se permita intervenir a la Administración en materia de responsabilidad civil (con ella o con terceros), y en las que su tutela no es ajena o indiferente. Así todo, la circunstancia de que determinadas Comunidades Autónomas ya dispongan de medidas ejecutivas en sus leyes de consumo, por cuanto cada Comunidad Autónoma tiene atribuidas competencias para hacerlo, crea disfunciones y dudas innecesarias que el Estado debiera coordinar con las distintas Comunidades Autónomas en el marco legal de la Conferencia Sectorial de Consumo (arts. 40 y 41 TRLGDCU). El principio de unidad de mercado debería tratar de respetarse en cualquier caso.

En el plano jurisdiccional, por ejemplo, tampoco parece que el art. 48 TRLGDCU venga a suponer, nada menos, que una transformación o retoque de la distribución de funciones y materias entre órganos jurisdiccionales dentro de nuestra LOPJ (art. 9 LOPJ). Existen suficientes razones prácticas y de economía procesal para sostener posturas matizadas en las que se tenga en cuenta, antes que nada, la rápida solución de los conflictos con consumidores con medios adecuados, y, además, la propia LOPJ entiende que «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional» (jurisdicción contencioso-administrativa) (art. 9.4, párrafo 2º LOPJ). Esto nos permite sostener que debe reconocerse también la posibilidad de acudir al orden contencioso-administrativo acerca de cualquier extremo sobre el que se hubiere pronunciado una resolución sancionadora en vía administrativa.

También habrá que tener en cuenta para salvar la plena constitucionalidad de lo afirmado⁶¹, y, en consecuencia, dar por correcta la aplicación del ambiguo art. 48 TRLGDCU, que éste deja siempre abierta la posibilidad de liquidar los daños en el procedimiento sancionador («podrá exigirse al infractor»), pero, al mismo tiempo, en caso de que el infractor sancionado no proceda a la satisfacción del daño liquidado dentro del plazo previsto (un mes), también queda abierta la posibilidad de acudir a la «vía judicial» para que el juez o tribunal, en última instancia, se pronuncie sobre el contenido de la responsabilidad civil derivada de cualquier infracción administrativa de consumo⁶². En suma, la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es algo que oscurezca, limite o contradiga el derecho a la tutela judicial efectiva del infractor⁶³.

Respecto al problema de la jurisdicción competente para conocer de la eventual impugnación de una resolución administrativa en la que se sustancien aspectos que afecten a la responsabilidad civil del consumidor y usuario, ya hemos visto que el legislador menciona escuetamente que debe quedar abierta «la vía judicial» (art. 48 TRLGDCU). La idea de que toda resolución administrativa, por tratarse de un acto administrativo en sentido estricto, debe ser ejecutiva no solo parcialmente sino en toda su integridad, *a fortiori*, nos conduce a reconocer la competencia del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, que podrá conocer íntegramente del contenido de la resolución administrativa dictada, incluida la responsabilidad civil que

⁶¹ Tenemos en cuenta las críticas realizadas al respecto, que advierten de una eventual inconstitucionalidad del art. 48 TRLGDCU al subrayar, por ejemplo, que la finalidad del procedimiento sancionador no es salvaguardar ningún interés particular sino un interés general. En el plano jurisdiccional, por ejemplo, tampoco vemos que el art. 48 TRLGDCU venga a suponer, nada menos, que una transformación o retoque de la distribución de funciones y materias entre órganos jurisdiccionales dentro de nuestra LOPJ (art. 9 LOPJ). Existen razones prácticas y de economía procesal para sostener posturas matizadas en las que se tenga en cuenta, antes que nada, la rápida y eficiente solución de los conflictos con consumidores con medios adecuados, y, además, hay que considerar que la propia interpretación extensiva de la LOPJ entiende que «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional» (jurisdicción contencioso-administrativa) (art. 9.4, párrafo 2º LOPJ), lo que nos lleva a sostener que debe reconocerse también la posibilidad de acudir al orden contencioso-administrativo sobre cualquier extremo sobre el que se hubiere recaído una resolución en vía administrativa.

⁶² Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», *Aranzadi Civil*, núm. 17, 2008, págs. 16 y 17.

⁶³ Cfr. STC 21/1986, de 14 de febrero, FJ 2º (Ponente: M. Díez de Velasco), que ni tan siquiera estima vulnerado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en aquellos supuestos en los que, antes de acudir a la jurisdicción civil ordinaria, se exija dar por concluida la vía previa administrativa, la cual «se configura como requisito procesal para el acceso a la jurisdicción ordinaria».

afecte a eventuales particulares implicados⁶⁴. Algunos dudan de que la vía judicial contenciosa quede abierta para la Administración amparándose en el principio de ejecutividad de los actos administrativos, al pensar que «las Administraciones Públicas no resultan obligadas a acudir a los Tribunales para ejecutar lo dispuesto en los actos que dicte», pero es que debe argüirse en contra de esto que el art. 48 TRLGDCU, en efecto, ni obliga a la Administración a recurrir a los Tribunales ni cuestiona en ningún momento la potestad de la Administración para ejecutar una resolución que determine la indemnización que deba pagar el infractor, sino que meramente faculta a las partes interesadas a acudir, en última instancia, a la «vía judicial»⁶⁵.

Con todo, la denuncia interpuesta por consumidores y usuarios ante la Administración, que pasa a incoar un procedimiento, no tiene el efecto de producir litispendencia, ya que esto tan sólo puede ocurrir mediante la interposición judicial de una demanda en sede judicial (art. 410 LEC). De este modo, tal y como están las cosas, no existe ningún problema por el hecho de que una pretensión se incoe por un consumidor en vía administrativa y, después, resulte que éste entable una demanda en vía civil por los mismos hechos dañosos causados. El art. 48 TRLGDCU viene precisamente a justificar que pueda coincidir el objeto del procedimiento sancionador administrativo (en lo referente a la reposición e indemnización de daños interprivados), y una eventual demanda posterior (que pueda sustanciarse en vía civil sobre la

⁶⁴ No olvidemos tampoco que, en todo caso, se trata de una pretensión deducida siempre «en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo», por lo que, congruentemente, nada obsta para que pueda conocer de ella el orden contencioso-administrativo (art. 1.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

⁶⁵ Cfr. por todos los que dudan al respecto, recientemente, ESPINA FERNÁNDEZ, S., «La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del artículo 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 septiembre 2007, págs. 8 y 9. El hecho de que no pueda argumentarse racionalmente que el art. 48 TRLGDCU (antes art. 36.4 LGDCU 1984), «exija la intervención de los tribunales para que la Administración ejecute la resolución mediante la que se determine la indemnización a pagar por el infractor», entendemos que no impide admitir la posibilidad de recurrir el acto administrativo en vía contenciosa. El problema está en que se parte de la idea preconcebida de que la Administración, si es la parte demandada en el orden contencioso, se deberá limitar a exponer que «ya cumplió con su obligación de emitir una resolución sobre la indemnización», y si la parte demandada es el empresario incumplidor, no se entiende que «dos sujetos privados pleiteen como demandantes y demandados» con base en «una resolución administrativa que determina una obligación de pago entre particulares» (pág. 10). Como puede observarse, la argumentación dada opta por una separación neta y absoluta de los intereses públicos y privados, presumiendo una interpretación restrictiva sobre el alcance del acto administrativo. Esto es, se parte de la idea de que la determinación del daño interprivados, aunque forme parte del acto administrativo, no tiene los efectos como tal acto administrativo, sirviendo tan solo, como veíamos antes, para orientar la pretensión del consumidor perjudicado.

misma materia de reposición e indemnización de daños y perjuicios). Sin embargo, no siendo posible excepcionar litispendencia por el hecho de que la pretensión esgrimida por el consumidor haya sido planteada en vía administrativa, tal vez fuera conveniente (para evitar incongruencias o discordancias en este solapamiento de las vías civil y administrativa), que las legislaciones de consumo de las distintas Comunidades Autónomas establecieran que la demanda judicial interpuesta por idéntica causa suponga la inhibición de la Administración que ya la conociere con antelación, estableciéndose la renuncia *ex lege* del interesado sobre la eventual indemnización de daños solicitados en vía administrativa (consumidor o empresario)⁶⁶. A estos efectos, también parece congruente entender que la reclamación administrativa suponga la interrupción en vía civil de la prescripción de una eventual acción indemnizatoria por parte del consumidor⁶⁷.

Aquella declaración de indemnización, por la que el sancionado deba abonar los daños y perjuicios causados a otro particular por incurrir en una infracción administrativa de consumo, no tendrá ninguna eficacia civil, esto es, no será vinculante para los Tribunales civiles, que de existir una demanda ante ellos serán los únicos órganos competentes para pronunciarse definitivamente sobre la cuestión de fondo. Y ello es así porque la norma común aplicable (art. 130.2 LRJ-PAC) y la norma específica (art. 48 TRLGDCU) hablan, respectivamente, de la «vía judicial correspondiente» y de la «vía judicial», en lugar de re-

⁶⁶ Si bien es cierto que el art. 91.1 LRJ-PAC puede interpretarse como un mecanismo de renuncia en estos supuestos ya que admite «cualquier medio que permita su constancia», tal vez sería más adecuada una referencia explícita de la ley al caso que planteamos. Una muestra de esto, por ejemplo, ya aparece en alguna ley autonómica de consumo, como es el caso de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, cuyo art. 44.2 determina que «el particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos. A tales efectos la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para defensa de sus derechos». De no hacerse así, por ejemplo, Lobato entiende que deberá darse un mecanismo compensatorio, de manera que si, por ejemplo, el importe estimado de la liquidación de daños realizado en vía civil es superior al reconocido en vía administrativa, el empresario infractor deberá abonar la diferencia existente (cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, págs. 19 y 20). A nuestro juicio, es precisamente el legislador quien debería arbitrar mecanismos que eviten estas situaciones que pueden darse, de manera que la ejecución voluntaria o forzosa de una resolución administrativa firme se presente como una especie de ejecución «provisional», mermando la ejecutividad que debe tener todo acto administrativo. Por eso hablamos de la necesidad de una norma de cierre que complete el art. 48 TRLGDCU, lo que permitiría dotar de la mayor operatividad posible a las resoluciones administrativas que aborden la responsabilidad civil de daños causados interprivados, que es a la postre de lo que se trata.

⁶⁷ Cfr. CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», Aranzadi Civil, junio 2008, pág. 21.

mitirse expresamente al contencioso o, simplemente, no decir nada al respecto. Por esta razón, la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento administrativo sancionador de consumo podrá ser recurrida por el infractor en cualquiera de sus extremos, como parte interesada que es, en la vía contencioso-administrativa. Pero también, el consumidor perjudicado con daños o perjuicios o, si acaso, el empresario, en caso de no ver satisfecha voluntariamente la eventual indemnización señalada en la resolución administrativa notificada al infractor (art. 48 TRLGDCU), podrán acudir a la jurisdicción civil. Y esto con independencia de haberse puesto en marcha el procedimiento administrativo sancionador, ya que el consumidor podrá siempre interponer directamente la reclamación por daños y perjuicios en la vía civil, incluso con antelación a la incoación del propio procedimiento administrativo sancionador.

De manera similar podremos razonar con referencia a la cosa juzgada en ambos órdenes (civil, contencioso-administrativo), por cuanto que cualquier asunto resuelto en vía administrativa no vinculará al juez civil (art. 207.4 LEC), con independencia de que los hechos ahí alegados puedan servirle de prueba. Ni ello impedirá tampoco que el consumidor o empresario puedan entablar una demanda civil ante el juez competente por los mismos hechos que le hubieren causado daños y perjuicios.

Puede comprobarse cómo alguna Comunidad Autónoma ha introducido en su legislación de consumo alguna especialidad de alcance limitado, lo cual puede tener, como suele ocurrir, un efecto mimético, como es el de reconocer expresamente al consumidor como «parte interesada» en el procedimiento sancionador de consumo. En este sentido, por ejemplo, el Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, entiende ahora que «el particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos», intentando aclarar a continuación que «la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos» (art. 44.2 Ley 11/2005, de 15 de diciembre, Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha). Véase que aquí se está refiriendo la ley a la «determinación de los daños sufridos». Pues bien, aunque esta determinación de los daños podría entenderse, según algún sector doctrinal⁶⁸, que no tiene los efec-

⁶⁸ Cfr. PARADA, R., Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, 1993, pág. 391; PALMA DEL TESO, A., Administración Pública y Procedimiento Administrativo (coord. TORNOS MÁS, J.), 1994, pág. 483

tos de un acto administrativo en cuanto tal, sirviendo tan solo para *orientar* la pretensión del perjudicado, nosotros pensamos que ya no puede sustentarse tal posición. Y es que, como venimos sosteniendo el art. 48 TRLGDCU viene a forzar los planteamientos hasta ahora vigentes, siendo un instrumento ciertamente ambiguo pero útil para avanzar en las nuevas perspectivas de operatividad y eficacia que se han venido abriendo cada vez más en este ámbito específico. Partiendo históricamente de diferentes normas estatales que, desde distintos sectores del ordenamiento, preveían una regulación especial del procedimiento administrativo que no estaba contemplada o prevista en la regulación general del procedimiento administrativo común, se ha llegado a una situación en la que es factible generalizar tales planteamientos, al menos en el socializado sector de consumo⁶⁹.

Si bien se detecta que se ha abierto un nuevo escenario en la protección del consumidor, pensamos que los instrumentos legales que clarifiquen y plasmen tal situación son todavía imperfectos e insuficientes. Pero resulta aún peor reconocer que éstos estén diseminados dentro de cada una de las legislaciones autonómicas de consumo. Tal vez ya no baste con aceptar que se hable de una mera «tendencia expansiva» de la regulación administrativa en la liquidación de daños en sentido amplio⁷⁰. Así todo, la estimación particular que entiende que debería formalizarse una previsión legal, estatal o autonómica, que permitiera con carácter general y homogéneo que la liquidación del daño entre particulares pudiera ejecutarse tras el procedimiento administrativo, por ejemplo, mediante la vía de apremio, es una cuestión de política legislativa que debería abordarse y especificarse por parte del Estado y las distintas Comunidades Autónomas, tal vez en sede del Consejo Sectorial de Consumo.

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE CONSUMO

El legislador estatal no ha previsto, por el momento, ningún cauce procedimental que permita una aplicación más o menos homogénea del art. 48 TRLGDCU, y parece tener ciertas dudas al res-

⁶⁹ Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 18.

⁷⁰ Cfr. por todos RIBÓN SEISDEDOS, E., «La liquidación de daños entre particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador de consumo», Estudios sobre Consumo (EC), núm. 81, 2007, págs. 38 y sigs.

pecto⁷¹. Por otra parte, están claras las concordancias de éste con el art. 130.2 Ley 30/1992, pero, sobre todo, las discordancias con el RPS de 1993 como hemos visto. Así todo, deberán tenerse en cuenta los textos aprobados en las distintas Comunidades Autónomas relativos al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración⁷².

A este respecto, consideración aparte merece la posibilidad de introducir algún cambio dentro del procedimiento administrativo sancionador de algunas Comunidades Autónomas, al objeto de adecuar el ejercicio de la potestad sancionadora en lo atinente a la determinación de la responsabilidad civil de los consumidores conforme al art. 48 TRLGDCU. Con carácter general no parece existir obstáculo alguno, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, para que cada Comunidad Autónoma con competencia plena en materia de consumo pueda regular aspectos singulares del procedimiento sancionador, siempre que se respete la normativa sobre procedimiento administrativo común emanada del Estado. Siendo esto técnicamente viable, existen dos impedimentos generales de diversa índole que deberán abordarse previamente. El primero es de carácter económico, por cuanto que la posibilidad de resolver en vía administrativa sobre la indemnización de daños causados a los consumidores, incrementaría enormemente los costes públicos de mera gestión, al margen de la eventual determinación que pueda hacerse por ley de la asignación y reparto de ciertos gastos entre las partes intervinientes (informes periciales, etc.). Asimismo, desde el punto de vista estrictamente jurídico, parece claramente desvirtuador del sistema de garantías de lo contencioso-administrativo admitir la solicitud para ejecutar una resolución administrativa que vendría, paradójicamente, a determinar la indemnización por daños y perjuicios causados a un particular por parte de un empresario o profesional. Se trata de reflexionar sobre si el principio de igualdad en derechos y obligaciones ante la ley y las garantías de un tratamiento unitario por parte de las Administraciones Públicas sobre cuestiones de interés general (restitución e indemnización de consumidores y usuarios), deben primar por encima de otras consideraciones pragmatistas en exceso.

Pero también cabe una reflexión general desde el punto de vista de la unidad de mercado, ya que parece claramente perturbador que

⁷¹ Existe un informe que trata de aportar alguna orientación al respecto. Me refiero al Informe Jurídico adoptado en el seno de la Comisión de Cooperación de Consumo (INC), de 19 de julio de 2007, complementado por otro informe anejo posterior, que es un exponente de lo aquí afirmado.

⁷² Por poner un ejemplo baste citar el caso de la Comunidad de Madrid, concretamente el Decreto 245/2000, de 16 de noviembre, vigente desde finales del año 2000.

aquellas Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias plenas en materia de consumo puedan arbitrar, aunque sea dentro de los parámetros del art. 48 TRLGDCU, procedimientos especiales al respecto. Parece abierta una brecha en el caso de la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón, al afirmarse en ella que «independientemente de las sanciones a que se refiere esta Ley, el órgano sancionador impondrá a la persona o entidad infractora la obligación de restituir inmediatamente al consumidor la cantidad percibida indebidamente en los supuestos de aplicación de precios superiores a los autorizados, comunicados, presupuestados o anunciados al público». Esta misma Ley 16/2006 añade que «el acuerdo anterior será ejecutivo desde el momento en que el *acto administrativo* que imponga tal obligación de restitución haya puesto fin a la vía administrativa» (art. 88 Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de protección y defensa de los consumidores y usuarios de Aragón). Particularmente novedosa y positiva es la referencia explícita que se hace a la existencia de un *acto administrativo*, lo que ayuda a despejar ciertas dudas hasta ahora existentes en orden a la ejecutividad de la sanción administrativa impuesta en toda su integridad, esto es, en lo que pudiera afectar a la restitución del daño y eventuales indemnizaciones a particulares dentro del procedimiento administrativo de consumo.

Una primera cuestión específica es la que afecta a la posibilidad de que la propia Administración ejercite de oficio su potestad de declarar la responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa en materia de consumo. Con fundamento en el principio de rogación, que sólo permite que sean los particulares quienes demanden la defensa de sus intereses patrimoniales, puede sostenerse que tan sólo el titular de los derechos privados lesionados por una infracción de consumo podrá solicitar o renunciar a una declaración con ese contenido en vía administrativa⁷³. Con todo, tampoco vemos inconve-

⁷³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T.-R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 10ª ed., 2006, pág. 499, quienes sostienen, en efecto, que «hay sectores de actividad que están articulados técnicamente en torno al principio de rogación, de forma que la solicitud del particular es presupuesto necesario de la incoación del procedimiento y su desarrollo posterior», que es lo que ocurre con una reclamación de un consumidor que dé lugar a una incoación de un procedimiento y en el que deban liquidarse los daños que le fueron causados. En efecto, «el otorgamiento de autorizaciones o concesiones y, en general, todo procedimiento tendente al reconocimiento de un derecho o a la constitución de una situación jurídica favorable a un sujeto determinado exige, en principio, la iniciativa de dicho sujeto como condición necesaria para la válida incoación del procedimiento, salvo en aquellos casos en que la Administración esté facultada por la Ley para efectuar convocatorias públicas a estos efectos». Hay quien entiende, por el contrario, la posibilidad de liquidar dichos daños «también en los casos en que el procedimiento no se haya iniciado por denuncia sino por la propia iniciativa del órgano actuante» (Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Reso-

niente alguno, antes al contrario, con base en el mismo art. 34 LRJ-PAC, para que terceros ajenos al procedimiento inicial y que puedan resultar afectados por una resolución en ese sentido puedan personarse en el mismo, siempre que la Administración les comunique la existencia del procedimiento abierto y éstos comparezcan en tiempo y forma solicitando la indemnización que les corresponda⁷⁴.

Con referencia al momento en el que la Administración debe liquidar o determinar las responsabilidades civiles, la legislación de aquellas Comunidades Autónomas que lo han desarrollado ha optado por seguir estrictamente lo previsto en el art. 22.2 RPS⁷⁵. De esta manera la resolución que contenga la reposición de la situación alterada por la infracción podrá concurrir con la determinación de las responsabilidades civiles correspondientes a los daños y perjuicios sufridos por el consumidor. En este sentido la propia Ley 30/1992 habla de «compatibilidad» de responsabilidades (art. 130.2 Ley 30/1992), y el art. 48 TRLGDCU invoca expresamente este art. 130.2 para disponer que dentro del mismo procedimiento sancionador «podrá exigirse al infractor», tanto la reposición como la indemnización de daños y perjuicios probados. Pero no debe olvidarse que cualquier prohibición o limitación contractual interprivados, que impida o limite esta posibilidad de resarcimiento en vía administrativa, podrá catalogarse como «cláusula abusiva» (art. 82.4.b) TRLGDCU), lo cual puede constituir, además, una infracción administrativa tipificada dentro del art. 49.1.j) TRLGDCU, por incluirse una cláusula abusiva en un contrato. Así todo, es menester que se garantice que los daños o lesiones inferidas al consumidor hayan quedado debidamente acreditados y probados en el procedimiento sancionador.

Salvo que la liquidación de daños y perjuicios sea necesaria para determinar la existencia o graduación de la propia infracción de con-

lición y liquidación de la responsabilidad civil jurídico privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 21). Con todo, debe tenerse en cuenta que «en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquella» (art. 71.3 LRJ-PAC), cuando resulte, por ejemplo, que los daños tienen mayor entidad que los inicialmente previstos.

⁷⁴ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», Aranzadi Civil, núm. 17, 2008, pág. 11.

⁷⁵ En el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Madrid se afirma que «en el caso de que la cuantía de la indemnización por los daños y perjuicios causados no se hubiese determinado en la resolución, tal determinación se realizará a través de un procedimiento complementario, cuya resolución pondrá fin a la vía administrativa. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, aunque ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicará el reconocimiento voluntario de su responsabilidad» (art. 15.2 Decreto 245/2000, de 16 de noviembre).

sumo, tal vez lo más razonable y adecuado sería que tales daños y perjuicios se determinasen o liquidasen dentro de ese procedimiento complementario al sancionador, tal y como prevé tanto el art. 22.2 RPS como otros artículos idénticos dentro de las legislaciones autonómicas. Al no explicitarse nada más ni en el primero ni en la normativa específica de las distintas Comunidades Autónomas, pensamos que la propuesta más razonable para desarrollar este procedimiento complementario sería añadir la circunstancia de que el consumidor, ya sea en el momento de interponer la denuncia o al personarse como reclamante dentro del trámite de formalización del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador⁷⁶, pueda solicitar la indemnización de daños y perjuicios que estime conveniente, pero sin obligarle imperativamente por ley a aportar entonces al procedimiento la correspondiente cuantificación y liquidación de daños. De *lege ferenda*, lo más adecuado tal vez fuera que ésta sea una obligación meramente facultativa, ya que exigírsela en ese momento supondría incorporar una carga desproporcionada con la naturaleza de la propia reclamación de consumo, por cuanto que, siempre o en la mayoría de las situaciones, sería económicamente gravosa para el consumidor medio. Además, tal exigencia añadiría el riesgo innecesario de que el consumidor no pudiera recuperar sus gastos, como ocurriría, por ejemplo, en los supuestos que no llegue a iniciarse el procedimiento administrativo o que hubiere sobreseimiento. Lo mismo podrá decirse con referencia al empresario (como parte interesada que también es), en lo atinente a la necesidad de cuantificar su responsabilidad civil, que muy acertadamente, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, deberá sustanciarse necesariamente dentro del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador⁷⁷, al haberse eliminado del procedimiento sancionador el pliego de cargos por considerarse un trámite superfluo en razón del principio de economía procesal, favorable en principio a todo cuando afecte a consumidores y usuarios⁷⁸. En consecuencia,

⁷⁶ Cfr. art. 6 Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid.

⁷⁷ Cfr. art. 6 Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid.

⁷⁸ Conviene advertir y tener muy en cuenta para la Comunidad de Madrid, por cuanto que afecta a la determinación de la responsabilidad civil por daños y perjuicios causados, que, con independencia de que los interesados en cualquier momento del procedimiento de consumo puedan «aducir alegaciones, aportar documentos u otros elementos de juicio» o actuaciones complementarias (arts. 9.2 y 12.2 y 13 Decreto 245/2000), la redacción de las alegaciones formuladas en el escrito de iniciación del procedimiento deben estar correctamente realizadas, pues tal y como está redactado el actual Decreto 245/2000, «dicho acuerdo (de iniciación del procedimiento) podrá ser considerado propuesta de resolución en el caso de que contenga un pronunciamiento preciso en todos los elementos que la integran de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de este Reglamento» (hechos probados y calificación de los hechos, infracción, personas responsables, sanción y medidas provisionales) (art. 6.2.a) Decreto 245/2000).

de *lege ferenda*, lo más razonable parece que sería que al consumidor se le permita proponer en el momento procedimental oportuno (acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador para el caso de la Comunidad de Madrid), la práctica de la prueba pericial pertinente, al objeto de cuantificar los daños y perjuicios que se le hubieren podido inferir, lo cual deberá notificarse al empresario como parte interesada⁷⁹. Una vez abierto el período probatorio, se decidirá sobre la admisión de las pruebas y, en su caso, se procederá a la práctica de aquellas que se consideren necesarias para la resolución del procedimiento administrativo de consumo⁸⁰.

Es indubitable que el procedimiento sancionador debe quedar supeditado al principio básico de contradicción de las partes, que debe guiarlo en todo caso, por lo que es fácil comprender que el empresario o profesional deba siempre tener la libertad para oponer cualquier excepción al respecto (haberse realizado el pago parcial o total del importe reclamado por el consumidor; existencia de litispendencia en vía civil; cosa juzgada; etc.). Ahora bien, no parece que sea un recurso pertinente trasladar a estos supuestos la posibilidad de que el empresario formule reconvencción frente al consumidor, ya que no parece que exista razón de peso que justifique traer aquí, a modo de compensación en favor del empresario, el conocido mecanismo de tutela privilegiada en interés del consumidor medio⁸¹.

Por otra parte, con referencia a las medidas de carácter provisional que puedan acordarse, tanto en el momento del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador de consumo como en cualquier otro, en defensa de los derechos e intereses interprivados de los consumidores⁸², la legislación autonómica debería ser todo lo flexible que pueda para una mejor adaptación y aplicación del art. 48 TRLGDCU. Así ocurre ya en algunas Comunidades Autónomas, por cuanto que junto a las medidas ya contempladas en el RPS de 1993 (suspensión temporal de actividades, prestación de fianzas), se permite aplicar facultativamente «aquellas otras (medidas) previstas en normas específicas», como pueden ser cualesquiera que sirvan a la correcta aplicación del art. 48 TRLGDCU (art. 2 del Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid). Pero es que, además, la propia redac-

⁷⁹ Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 22.

⁸⁰ Cfr. art. 10.1 Decreto 245/2000 de la Comunidad de Madrid.

⁸¹ Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 23.

⁸² Con base en el art. 136 Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

ción del art. 7.2 de este Decreto 245/2000 permite adaptarse perfectamente al principio básico de la protección efectiva de los intereses de consumidores y usuarios, pues se recoge que «en cualquier caso (tales medidas provisionales) deberán ser proporcionadas a la finalidad perseguida, sin que la adopción de las mismas pueda causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o implicar la violación de derechos amparados por las leyes».

Desde el punto de vista económico, ya apuntamos que uno de los grandes inconvenientes de la resolución en vía administrativa acerca de la indemnización de daños causados a consumidores y usuarios, son los costes que acarrea la práctica de la prueba y, en su caso, de la eventual asistencia jurídica a los mismos litigantes. Parece claro que la posibilidad de que los daños particulares sean resarcidos en vía administrativa sin coste alguno para las partes, ni tan siquiera para el infractor, podría acabar asfixiando económicamente todo el sistema de protección pública de los consumidores⁸³. De acuerdo con la regulación vigente del procedimiento sancionador en nuestro país no es posible condenar en costas al infractor, ni mucho menos al denunciante, sea cual fuere el resultado del procedimiento. Y no resulta descabellado pensar que las peritaciones e informes en estas materias son y seguirán siendo, en muchas situaciones, de costes muy considerables y elevados. Por ello, cabría plantearse también un cambio perentorio en esta materia.

Nuestra legislación estatal, de manera un tanto escueta y confusa, determina la posibilidad de aplicar el art. 81.3 Ley 30/1992 a los supuestos planteados, por cuanto que se prevé que la propia Administración pueda exigir el anticipo de «gastos que no deba soportar» ella misma, pero siempre que hubiese sido el propio «interesado» quien hubiere solicitado la realización de aquellas pruebas que estimase pertinentes en el procedimiento. De partida, el problema es que esta norma no parece solucionar el problema de fondo, ya que sólo se contempla la posibilidad de repercutir la provisión de fondos en el solicitante y no en el eventual vencido en el procedimiento. Pero es que, además, si ninguno de los interesados propone prueba alguna, y resulta que ésta es imprescindible para determinar y comprobar los hechos y datos necesarios para dictar la resolución, será la propia Administración quien esté obligada a practicarla de oficio y, en consecuencia, a cubrir tales costes (art. 78.1 Ley 30/1992)⁸⁴. Pero es que,

⁸³ Cfr. CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, pág. 23.

⁸⁴ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», Aranzadi Civil, núm. 17, 2008, pág.15.

además, el art. 81.3 Ley 30/1992 no regula los costes probatorios que correspondan a la Administración, sino que tan sólo prevé los requisitos necesarios para que la Administración pueda exigir la provisión de fondos para la práctica de pruebas solicitadas por el interesado, suponiendo siempre, *a priori*, que tales gastos no «deben ser» soportados por la Administración. Por ello, estamos de acuerdo en que, salvo la posibilidad de pedir provisión de fondos en supuestos específicos, ni el art. 81.3 de la Ley 30/1992 ni ninguna otra norma del procedimiento administrativo común vigente justifica nada acerca de quién deberá pagar los costes de las pruebas practicadas dentro del procedimiento sancionador⁸⁵. Estando así las cosas, en caso de tratar de implementarse el art. 48 TRLGDCU en este punto, habría que plantearse establecer un procedimiento sancionador de consumo en el que se permitiera imputar al infractor los costes de la prueba practicada de oficio o a instancia de los interesados, claro está, siempre que el procedimiento concluya con una sanción.

La asistencia letrada para las partes no es necesaria en el procedimiento sancionador de consumo, desde el momento en que se entiende que el consumidor adquiere la condición de interesado (art. 85 Ley 30/1992). Esta circunstancia permite hablar de procedimiento gratuito, sin necesidad de asistencia de abogado y procurador. Ahora bien, en el caso hipotético de que el interesado confiera su representación legal a un letrado, la ley determina con carácter general que tal circunstancia deberá ser *comunicada* a los demás interesados en el procedimiento para salvaguardar «los principios de contradicción y de igualdad entre los interesados en el procedimiento» (art.85.3 Ley 30/1992). La ausencia de tal comunicación por parte del órgano instructor, en consecuencia, podría dar lugar a la nulidad de la resolución correspondiente⁸⁶. Asimismo, en caso de darse la asistencia letrada de las partes (abogado y procurador) dentro del procedimiento administrativo de consumo, tal vez sería razonable introducir una regla parecida a la que existe en el procedimiento civil, esto es, excluir

⁸⁵ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., El procedimiento administrativo sancionador, vol. I, Valencia, 1996, 612 y sigs. También, CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, págs. 23 y sigs., quien, efectivamente, entiende que la correcta interpretación del art. 81.3 Ley 30/1992 pasa porque la Administración no puede exigir provisión de fondos en los supuestos en que se trate de pruebas que tengan por finalidad directa, por ejemplo, desvirtuar o contrarrestar los hechos que la propia Administración considere probados, tanto si se realizan de oficio como si son propuestas por el mismo interesado.

⁸⁶ Cfr. PEÑA LÓPEZ, F., «La indemnización de los daños y perjuicios causados al consumidor en el marco del procedimiento administrativo sancionador», Aranzadi Civil, núm. 17, 2008, pág.14.

los derechos y honorarios devengados por estos profesionales en la condena en costas, salvo que el Tribunal apreciase mala fe o temeridad en la conducta del condenado en costas o, en su caso, cuando el domicilio de la parte representada y defendida estuviera en lugar distinto a aquel en que se haya tramitado el juicio (art. 32.5 LEC).

Por la particular trascendencia e interés que tiene la consideración del consumidor como parte interesada en el procedimiento sancionador, lo pasamos a ver separadamente en el epígrafe siguiente.

9. LESIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO Y DEL INTERÉS PRIVADO: EL CONSUMIDOR COMO «PARTE INTERESADA» EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO

En principio, siguiendo alguna jurisprudencia existente, la condición del consumidor como parte «interesada» en el procedimiento administrativo sancionador (art. 31.1 LRJ-PAC) pudiera quedar en entredicho, por cuanto que el presupuesto básico del procedimiento administrativo sancionador parece sustentarse en la lesión de un interés público. Puede afirmarse que lo que parece ventilarse exclusivamente en tal procedimiento sería la responsabilidad del infractor al objeto de la eventual imposición de una sanción administrativa, sin consideración a beneficio o ventaja alguno para el perjudicado por cualquier daño. También, a pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, la mera condición de denunciante no parece comportar automáticamente la condición de interesado en el procedimiento sancionador, ya que al ser pública la acción para denunciar la comisión de infracciones (art. 69.1 Ley 30/1992; art. 11.1 RD 1398/1993), para denunciar no hará falta ser interesado. Para que el perjudicado —sea denunciante o no—, adquiera la condición de interesado la ley señala expresamente que deberá ser titular de derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la resolución que se adopte en el procedimiento⁸⁷. Sin embargo no nos cabe la menor duda de que, ahora más que antes de la aprobación del art. 48 TRLGDCU, pueden alegarse fundadas razones de política legislativa que hacen muy recomendable la atribución al consumidor perjudicado de la condición de «interesado» dentro del procedimiento ad-

⁸⁷ Cfr. STS de 29 de mayo de 2001 (R.A. n.º 4443), que entiende necesario, a los efectos de la aplicación del art. 31.1 Ley 30/1992, determinar «si la imposición de una sanción puede producir un efecto jurídico positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera».

ministrativo (proposición de prueba; formulación de alegaciones o de ejercicio de las amplias facultades reconocidas en la Ley 30/1992 y Real Decreto 1398/1993). La infracción cometida, además de contravenir determinados intereses públicos protegidos, está prejuzgando, con el valor y fuerza de cualquier acto administrativo, que el infractor ha actuado contrariamente a Derecho, por lo que la lesión o perjuicios irrogados al consumidor serán siempre antijurídicos, lo que bastará para justificar su correspondiente liquidación aunque no sea formalmente el objeto del procedimiento sancionador⁸⁸.

Para una mayor claridad en la materia sería conveniente una reforma legal de la propia LRJ-PAC y del RPS en ese sentido, y, posiblemente también de la LEC en, al menos, dos de los puntos mencionados: primero, en lo concerniente al problema que gravita sobre la litispendencia o la eficacia de lo que pueda considerarse «cosa juzgada» en vía administrativa en materia de liquidación de daños y perjuicios a particulares. Y, en segundo término, en lo que supone atajar el problema de la eventual duplicidad indemnizatoria con que podemos encontrarnos en estos conflictos (civil, administrativa), siendo conveniente que, de *lege ferenda*, se hiciera referencia expresa a la cuestión sobre si a los particulares se les permite solicitar en vía civil aquello que no hubieran podido obtener por cualquier causa en vía administrativa. En estos momentos si el infractor sancionado administrativamente no satisface voluntariamente el pago o indemnización estimados dentro del procedimiento, el consumidor no tendrá más remedio que acudir a la vía judicial ordinaria. Debe entenderse, en todo caso, que la reclamación administrativa interpuesta interrumpe la prescripción de la acción civil, sin que pueda hablarse de litispendencia o prejudicialidad entre las vías civil y administrativa⁸⁹.

En esta línea podría afirmarse que, después de casi un decenio, se ha encauzado y prosperado aquella recomendación hecha en su día

⁸⁸ Cfr. REBOLLO PUIG, M., «Comentarios a la ley General para la defensa de los consumidores y usuarios» (Coord. R. BERCOVITZ- J. SALAS), 1992, pág. 863, quien ya entendió abiertamente que, si bien no basta para ostentar tal condición de interesado la circunstancia de que el consumidor tuviera alguna conexión con el peligro abstracto ocasionado por la infracción, bastará en muchos casos que éste haya sufrido directamente las consecuencias de la conducta típica sancionada para que sea considerado interesado en el procedimiento sancionador. En este sentido pueden verse las SSTs de 12 febrero de 1992 (R.A. n.º 2817), 20 marzo 1992 (R.A. n.º 3113), 5 noviembre 1999 (R.A. n.º 627), y 26 de octubre 2000 (R.A. n.º 8582). En esta misma línea puede verse CORDERO LOBATO, E., «Resolución y liquidación de la responsabilidad civil jurídica privada en los procedimientos administrativos de consumo», en <www.uclm.es/cesco/investigacion/7.pdf 2003>, 2003, págs. 12 y 22.

⁸⁹ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., «Texto refundido de la LGDCU (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», Aranzadi Civil, junio 2008, pág. 21.

dentro del Informe del Consejo Económico y Social sobre «Los derechos del consumidor y la transparencia del mercado», cuando se sugería muy atinadamente que «deberían aprovecharse al máximo las posibilidades que brinda la regulación actual de la responsabilidad en el procedimiento administrativo, en beneficio de los consumidores, especialmente para las reclamaciones de pequeña cuantía»⁹⁰, de manera que, como afirmaba el texto de la enmienda transaccional del Congreso de Diputados que precedió a la redacción del actual art. 48 TRLGDCU, se permitiera superar el desaliento habitual del consumidor medio cuando después de «imponerse una sanción administrativa por una infracción cometida, (se comprueba que) dicha sanción no lleva aparejado el resarcimiento al consumidor del daño sufrido»⁹¹.

10. LAS DUDAS Y VAIVENES EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE INDEMNIZAR DAÑOS Y PERJUICIOS A CONSUMIDORES Y USUARIOS DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE CONSUMO

En la decisión de política legislativa que pueda tomarse al respecto deberá tenerse en cuenta lo que el legislador ha venido disponiendo en la legislación general del Estado. Así, es conocido que en el ámbito específico del Derecho de Consumo no existe dentro de la normativa estatal precepto alguno que permita la liquidación de daños entre particulares en el seno del procedimiento administrativo sancionador de consumo. La excepción parecía abrirse camino dentro del servicio de telecomunicaciones del RD 424/2005, de 15 de abril, a propósito del Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, donde se contemplan algunos supuestos de indemnización contractual a favor de los usuarios por incumplimiento deficiente o por interrupción del servicio de telecomunicaciones contratado (arts. 105.2. d) y g) y art. 115 RD 424/2005). Tal previsión normativa trae causa del art. 38 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, de 3 de noviembre, que, a su vez, preveía que ese Real Decreto debería regular «la responsabilidad

⁹⁰ Cfr. Informe 1/1999 del Consejo Económico y Social, págs. 69 a 71, 17 de febrero 1999.

⁹¹ Cfr. Enmiendas 16 y 61 a la Ley 44/2006, de Mejora en la Protección de los Consumidores y Usuarios (LMPC), y que dieron lugar a la transaccional definitiva del art. 36.4 de la misma (cfr. BOCG, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 83-8, 1 de junio de 2006, págs. 29 y 45), hoy art. 48 TRLGDCU.

por los daños que se les produzcan» a los usuarios, así como «el derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio» (art. 38.2 LGT) en la vía administrativa. Sin embargo no deja de ser llamativo que en el desarrollo de ese RD 424/2005 por Orden ITC/1030/2007, de 12 de abril, que regula el procedimiento de resolución de las reclamaciones por controversias entre usuarios y operadores de servicios de comunicaciones electrónicas (en el ámbito de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones), se haya optado finalmente por excluir de este procedimiento «las controversias que se encuentren reguladas por normativa distinta de la protección específica de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, tales como la procedencia de indemnización por posibles daños y perjuicios causados por la prestación deficiente del servicio o por su falta de prestación» (art. 3.2.a) Orden ITC/1030/2007), así como «todas aquellas materias que deban ser conocidas necesariamente por los Juzgados y Tribunales» (art. 3.2.f) Orden ITC/1030/2007). Parece con ello haberse impuesto un criterio restrictivo, obviando las previsiones iniciales del procedimiento previsto en el art. 38 LGT de 2003. Se cambia de criterio desdiciéndose abiertamente de la finalidad original contemplada en la propia LGT, por lo que esta reconsideración debería hacer reflexionar sobre las causas de fondo que anidan en tal decisión del legislador estatal.

Con carácter marginal también pueden ser motivo de reflexión las complicaciones en la liquidación de los daños medioambientales con reflejo en terceros (tanto en su patrimonio como en la persona), a propósito de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental. En principio, esta ley «no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada, a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental» (art. 5.1 LRM), es decir, que tales acciones «se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación», lo que genera un nivel de complicación considerable en la liquidación correspondiente. Asimismo, estos particulares que han sido perjudicados por daños que no tienen la consideración de medioambientales, se sostiene que «no podrán exigir reparación ni indemnización por los daños medioambientales que se les hayan irrogado, en la medida en la que tales daños queden reparados por la aplicación de esta ley». Así pues, creada la separación entre daños ambientales y no ambientales en razón de la pluralidad de regímenes actualmente existentes, tal y como afirma la exposición de motivos, te-

nemos a continuación la confusión acerca de su determinación ya que «en ocasiones, tales daños (no medioambientales) tienen la naturaleza propia de los daños medioambientales, en cuyo caso, su reparación sí puede llevarse a cabo conforme a esta ley»⁹². En fin, un galimatías jurídico que complicará la indemnización de daños a terceros con ocasión de la liquidación de los daños causados en el medio ambiente.

11. CONCLUSIONES

- Es muy llamativo que el legislador estatal no haya presentado esta particular reforma de la liquidación de daños entre particulares en el seno del procedimiento administrativo sancionador como una cuestión central dentro de las novedades introducidas por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores y Usuarios. Sin embargo, sí puede atisbarse un tímido y pálido reflejo dentro de la misma Exposición de Motivos cuando, de manera un tanto vaga y genérica, el legislador sostiene que lo que pretende esta Ley de Mejora es «incrementar» la protección del consumidor «en los diferentes ámbitos en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección». Y no cabe duda que el procedimiento sancionador en materia de liquidación de daños es uno de los puntos que la experiencia dicta que merece un reforzamiento y mejora a favor de la protección de consumidores y usuarios.
- La redacción del actual art. 48 TRLGDCU (antiguo art. 36.4 LGDCU 1984) se justifica en sede parlamentaria partiendo de un planteamiento incierto que, como hemos podido comprobar, no se corresponde con lo redactado finalmente en el texto aprobado. En este caso, de manera clara, los antecedentes legislativos o parlamentarios no nos servirán de ayuda para una cabal interpretación del mismo, antes al contrario, desenfocan el problema de fondo, debiendo recurrir a otros textos legales, como son fundamentalmente el art. 130.2 Ley 30/1992 y el art. 22 RPS de 1993, con la ayuda inestimable de algunas legislaciones sectoriales y autonómicas de consumo que han desarrollado algunos puntos de interés recientemente.
- La invocación del despilfarro de recursos públicos en esta materia; la idea de la frustración o desaliento creciente del consumidor medio ante un procedimiento sancionador sin repercusión

⁹² Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 26/2007, apartado II, c).

alguna en sus justas pretensiones indemnizatorias; o la mera atribución de cierta ineficacia al Derecho de Consumo como mecanismo de arreglo o de realización justa del Derecho, no bastan por sí solos para una razonable justificación a la indefinición en que nos encontramos con el nuevo art. 48 TRLGDCU, dos años después de su aprobación, pero sí deben tenerse muy en cuenta a la hora de invocar los necesarios cambios.

- La liquidación de daños entre particulares dentro del procedimiento administrativo sancionador de consumo, dada la confusión creada al fundamentarse exclusivamente en el ambiguo art. 130.2 LRJ-PAC, necesita de un apoyo legal (estatal o autonómico) que permita identificar claramente en el texto normativo un interés público que justifique la intervención de la Administración en materia tan trascendental como la restitución interprivados, aun cuando veamos de antemano que se trata de una cuestión patrimonial entre particulares. Debe dejarse claro en esta materia, dentro del eventual texto legal habilitante, que la particular tutela del interés privado del consumidor perjudicado afecta a la satisfacción del interés general objetivo, al que sirve de facto la actuación de las Administraciones Públicas en materia de protección de consumidores y usuarios. En unos casos esto parece estar más claro que en otros. De lo que no cabe duda es que deben atenderse las legítimas expectativas que los consumidores ponen en las Administraciones Públicas, en razón del compromiso asumido y creciente en la tutela de una serie de intereses claramente mediatizados por un interés público. De ahí que sea necesario, y no sólo conveniente, que un texto normativo (estatal preferiblemente) habilite en tales supuestos a las Administraciones Públicas con carácter general o para situaciones determinadas. Los daños producidos a terceros que formen parte de una infracción administrativa tipificada en el ámbito de Derecho de consumo, pueden entenderse como una parte de una obligación de derecho público que esos terceros contraen con la Administración competente. Por eso no habrá nada que objetar en tanto que la Administración, dentro del procedimiento sancionador de consumo, imponga al causante del daño la completa restitución del bien jurídico lesionado, a pesar de que ese bien jurídico sea considerado de naturaleza privada⁹³.

⁹³ Cfr. LASAGABASTER HERRARTE, I., Ley de la potestad sancionadora. Comentario Sistemático, 2006, págs. 222 y 223. En todo caso, al hablarse en términos amplios de restitución, concepto muy amplio que incluye también la indemnización, si la norma no dice nada al respecto la Administración deberá motivarlo adecuadamente en su resolución.

- Es viable la determinación y liquidación de daños en el procedimiento sancionador de consumo siempre que, en primer lugar, se deje clara la ejecutividad de las decisiones administrativas en esta materia, lo cual no está claro en este momento por la redacción dada al art. 48 TRLGDCU, y, en segundo lugar, por la indeterminación de la «vía judicial» como último recurso siempre accesible al perjudicado. Debería aclararse, que las dos posibilidades (civil y contencioso-administrativa), no son antitéticas. La contenciosa tiene su fundamento en el carácter de *acto administrativo* que tiene toda resolución que resuelva tanto de la existencia de la infracción como de los daños por ella causados, lo cual, por razones de interés público, deberá realizarse en toda su amplitud. La «vía judicial» habilitada dentro del ambiguo art. 48 TRLGDCU será la civil, habida cuenta de la naturaleza específica incuestionable del contenido de esta reclamación (reposición e indemnización de daños y perjuicios), si bien es obligado reconocer también, de seguirse todo el planteamiento más arriba expuesto, la posibilidad del recurso contencioso-administrativo en lo atinente a la existencia o no de la infracción y a la misma graduación de la sanción impuesta y, en su caso, al modo de determinación de la pretensión indemnizatoria interpretados por parte de la Administración competente de consumo. Abiertas a un mismo tiempo la vía administrativa y la judicial, debería arbitrase un mecanismo de composición de intereses mediante el cual si se optara por la vía judicial, automáticamente se entendería que se desiste de la vía administrativa previa en materia indemnizatoria, inhibiéndose obligatoriamente la Administración a este respecto.
- La liquidación de daños en materia de consumo estaría en todo caso limitada a aquellos supuestos en los que exista una previa denuncia a instancia de parte, quedando claro que el consumidor eventualmente perjudicado es quien ha promovido la actuación de la Administración (interposición de denuncia), y quien puede resultar afectado por la resolución que pueda recaer finalmente en el procedimiento sancionador de consumo. La cuantificación y liquidación restitutoria deberá realizarse siempre en el «procedimiento complementario» que tiene lugar en una fase posterior al procedimiento sancionador principal previsto, salvo que tal liquidación sea precisa para determinar la existencia o la graduación de la infracción con su sanción correspondiente. Así todo, bastará con que el consumidor, en la apertura o acuerdo de iniciación del procedimiento, proponga las pruebas que estime convenientes para cuantificar daños y

- perjuicios en la fase complementaria del procedimiento, cuya resolución se determina que será inmediatamente ejecutiva a todos los efectos.
- Dejando totalmente diáfano que toda resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador de consumo tiene la naturaleza de *acto administrativo*, no habría obstáculo alguno para admitir cualesquiera medios de ejecución forzosa admitidos por la LRJ-PAC para el cumplimiento de la resolución (arts. 96 y siguientes Ley 30/1992). Así, el acto administrativo que resuelva sobre la responsabilidad civil derivada de una infracción de consumo, podrá y deberá ser ejecutado en su integridad por la propia Administración. Junto a la denuncia de una infracción de consumo, deben ponerse en marcha, por el Estado o las propias Comunidades Autónomas, mecanismos procedimentales que permitan dar cauce adecuado a las peticiones de responsabilidad civil interpuestas por los consumidores y usuarios. De no hacerse así la virtualidad jurídica del art. 48 TRLGDCU será prácticamente inexistente, y se habrá desaprovechado su finalidad inicial cuando se aprobó en el Parlamento: mejorar las notables carencias en la protección efectiva de los intereses de consumidores y usuarios.
- En todo caso puede observarse cómo ciertas Comunidades Autónomas, aún antes de la aprobación del art. 48 TRLGDCU, ya han venido introduciendo en su legislación de consumo algunas medidas en la dirección apuntada (Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de consumo de Aragón; Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha). Así todo, deberán ser las propias Comunidades Autónomas las encargadas de llevarlo a término, fijando los medios que estimen pertinentes para llevarlo a cabo, inspirándose obligadamente en los arts. 96 y siguientes de la Ley 30/1992, donde se relacionan los distintos medios de ejecución forzosa. Asimismo, sería conveniente que en el seno de la Conferencia Sectorial de Consumo, como máximo órgano de cooperación institucional del Estado con las Comunidades Autónomas (arts. 40 y 41 TRLGDCU), se acordasen, por ejemplo, las medidas y criterios comunes de actuación que se estimen más convenientes al objeto de coordinar y armonizar una materia que indudablemente afecta al principio de unidad de mercado (art. 41, b) TRLGDCU) y que puede incidir en determinadas competencias estatales.
- De tomarse la correspondiente decisión de política legislativa (estatal, autonómica) de introducir un mecanismo procedimen-

tal específico en materia de consumo, será necesario tener en cuenta los medios personales y económicos de que disponga la Administración para llevarlo a cabo. La inversión en medios personales y materiales para las Administraciones de consumo es muy recomendable, por no decir imprescindible.

La posibilidad de que la Administración pueda solicitar anticipo sobre gastos que ésta no deba soportar (art. 81.3 LRJ-PAC), aboga por introducir dentro del procedimiento sancionador de consumo una eventual condena en costas al infractor o consumidor, según exista condena o absolución al respecto.

– Para una mejor viabilidad del procedimiento sancionador actualmente vigente en la mayoría de las Comunidades Autónomas, en aras de una aplicación congruente del art. 48 TRLGDCU, se echa en falta particularmente:

1. La atribución al denunciante, consumidor o usuario, de la condición de interesado en el procedimiento, a efectos de alcanzar una legitimación lo suficientemente clara de éste y de evitar las dudas persistentes en ciertos sectores doctrinales o en cierta jurisprudencia. El consumidor perjudicado por una infracción de consumo (al igual que el empresario) merece tener la condición de interesado en el procedimiento administrativo sancionador de consumo, de manera que se le permita ejercitar sin trabas todas las facultades que la legislación sobre procedimiento administrativo otorga a los interesados en general (art. 31.1 Ley 30/1992). A este fin, por ejemplo, podrá servir de guía el art. 37 de la Ley 11/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha, donde se determina que «será considerado parte en el procedimiento sancionador al denunciante, cuando de la resolución sancionadora se pudiera deducir un efecto positivo en su esfera jurídica o la eliminación de una carga o gravamen, o cuando ostente un interés legítimo en que se esclarezca la conducta objeto del expediente sancionador» (art. 37 Ley 11/2005), claramente acorde con el principio general consagrado en el art. 31.1 de la Ley 30/1992.

Si bien la facultad de exigir al infractor la reposición de la situación alterada y, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados (art. 48 TRLGDCU), al margen de que pueda entenderse implícitamente contemplada dentro del articulado de las legislaciones autónomas por la referencia genérica acostumbrada a la indemnización «en el marco de la

legislación estatal», tal vez sea muy conveniente introducir con claridad que todo este tipo de resoluciones de los órganos sancionadores serán inmediatamente ejecutivos, considerándose así, a todos los efectos, que siempre son actos administrativos que ponen fin a la vía administrativa, debiendo ser notificados en tiempo y forma los interesados, fundamentalmente al objeto señalado del cómputo del plazo de un mes para que se proceda a su satisfacción por vía voluntaria (art. 48 TRLGDCU). Una referencia explícita de esto aparece, por ejemplo, en el art. 88.2 de la Ley Aragonesa de 2006, si bien técnicamente podría mejorarse.

2. Dada la doble ambivalencia, administrativa y judicial, que el art. 48 TRLGDCU deja abierta, tal vez sea pertinente una norma de cierre que evite duplicidades innecesarias en cuanto a la eventual determinación de daños causados a particulares. Puede servir como ejemplo el art. 44.2 de la Ley de Castilla-La Mancha que prevé que «la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos». Esta vía judicial será la civil en cualquier caso, si bien deberá entenderse que la Administración no interrumpirá el procedimiento administrativo comenzado: éste continuará ahora a los únicos efectos de determinar y graduar la tipificación y sanción administrativa que corresponda. En estos supuestos deberá entenderse que el consumidor o usuario desiste como parte denunciante en el procedimiento administrativo de la responsabilidad civil derivada de los daños y perjuicios causados.
3. Junto a las multas coercitivas ya previstas dentro de la normativa de bastantes Comunidades Autónomas⁹⁴, tal vez sea procedente introducir en las diferentes Leyes de Consumo una mención explícita del otro gran medio de ejecución forzosa, cual es el *apremio* sobre el patrimonio, siempre efectivo en aquellos supuestos en que las cantidades impuestas no hayan sido abonadas en el período voluntario⁹⁵. No parece in-

⁹⁴ Cfr. entre otros, art. 45 Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid; art. 45 Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias.

⁹⁵ Cfr. en sentido contrario, ESPINA FERNÁNDEZ, S., «La determinación en vía administrativa de indemnizaciones a los afectados por infracciones en materia de consumo (sobre la inaplicabilidad del artículo 36.4 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)», <www.elderecho.com>, Sección Actualidad, 10 de septiembre de 2007, pág. 9.

dispensable una referencia, como hace el art. 89.4 de la Ley de Consumo Aragonesa, al eventual recurso de «cualesquiera otros medios de ejecución forzosa que estén previstos en la legislación general del régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones públicas» (art. 89.5 Ley 16/2006). En todo caso deberá legislarse en plena concordancia con el art. 15.1 TRLGDCU, que prevé determinadas actuaciones administrativas ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de consumidores y usuarios⁹⁶, por lo que, a estos fines, deberá tenerse en cuenta la aplicación conforme a Derecho de una eventual intervención directa sobre las cosas o la compulsión directa sobre las personas.

⁹⁶ Cfr. entre otros, art. 47 Ley 11/1998, Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid; art. 47 Ley 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios del Principado de Asturias.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA LEY 7/2007, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Juan B. Llamazares Martínez
Doctor en Derecho

COMENTARIOS

Sumario: 1. REGULACIÓN NORMATIVA. 2. UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUPLENIMIENTO DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO. 4. TIPO DE PERSONAL. 5. EN EL CASO DE LA LEY 7/2007, EBER. 6. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 7. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 8. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 9. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 10. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 11. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 12. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 13. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 14. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 15. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 16. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 17. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 18. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 19. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 20. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 21. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 22. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 23. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 24. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 25. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 26. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 27. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 28. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 29. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 30. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 31. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 32. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 33. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 34. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 35. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 36. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 37. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 38. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 39. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 40. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 41. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 42. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 43. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 44. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 45. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 46. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 47. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 48. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 49. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 50. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 51. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 52. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 53. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 54. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 55. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 56. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 57. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 58. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 59. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 60. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 61. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 62. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 63. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 64. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 65. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 66. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 67. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 68. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 69. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 70. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 71. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 72. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 73. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 74. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 75. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 76. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 77. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 78. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 79. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 80. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 81. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 82. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 83. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 84. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 85. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 86. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 87. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 88. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 89. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 90. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 91. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 92. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 93. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 94. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 95. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 96. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 97. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 98. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 99. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL. 100. PRINCIPIO DE UNIFORMIDAD DE UNO Y OTRO TIPO DE PERSONAL.

1. REGULACIÓN NORMATIVA

Las Instrucciones para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Resolución de la Secretaría General para la Administración Pública de 5 de junio de 2007, apdo. 13^o, previene que el régimen disciplinario contenido en el Título VII Ley 7/2007, EBER, es de aplicación al personal funcionario y laboral, art. 93.1^o. Se unifica en un solo código de responsabilidad disciplinaria¹ indiferenciando el tipo de personal, aunque las lagunas jurídicas se remitían a la normativa propia del ámbito laboral o funcionario que los uno a la Organización pública, art. 93.4^o. En este punto, uno de los más novedosos pero no el más importante, aunque bajo una interpretación sistemática con el resto del Ley 7/2007, EBER, encierra un propósito claro de indiferenciar² uno y otro tipo de personal.

¹ Vid. Llamazares Martínez, J. B., *Régimen disciplinario de los funcionarios de la Carrera*, 2^a edic., Thomson-Aranco, Pamplona, 2005.
² Para profundizar en esta cuestión remitimos por algún sector de la doctrina, al artículo de nuestra pluma por la Agencia Pública Gallega, *Unificación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y laborales en el ámbito de la Administración General del Estado*, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ediciones La Ley, 1994, p. 149.
La opción por la unificación disciplinaria se refleja también en los datos de la Secretaría General para la Administración Pública, *Informe de actividades 2007*, art. 11.14 de junio.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA LEY 7/2007, DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

POR
JUAN B. LORENZO DE MEMBIELA
DOCTOR EN DERECHO

Sumario: 1. REGULACIÓN NORMATIVA. 2. ¿NECESIDAD DE UNA POTESTAD DISCIPLINARIA EN LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA? 3. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. 3.1. Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos, art. 94.2º. a) Ley 7/2007, EBEP. 3.2. Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor. 3.3. Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación, art. 94.2º.c) L 7/2007, EBEP. 3.4. Principio de culpabilidad, art. 94.2º.d) L7/2007, EBEP. 3.5. Principio de presunción de inocencia, art. 94.2º.d) Ley 7/2007, EBEP. 4. ANÁLISIS DE LAS FALTAS MUY GRAVES. 5. SANCIONES Y PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS Y SANCIONES. 5.1. Sanciones. 5.2. Prescripción de las faltas y sanciones. 5.3. Falta continuada. 6. LA EFICACIA DE LOS HECHOS PROBADOS EN SENTENCIAS FIRMES.

1. REGULACIÓN NORMATIVA

Las *Instrucciones para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos*, Resolución de la Secretaria General para la Administración Pública de 5 de junio de 2007, apdo. 13º, previene que el régimen disciplinario contenido en el Título VII Ley 7/2007, EBEP, es de aplicación al personal funcionario y laboral, art. 93.1º. Se unifica en un solo código de responsabilidad disciplinaria¹ indiferenciando el tipo de personal, aunque las lagunas jurídicas se remitirán a la normativa propia del vínculo laboral o funcional que los une a la Organización pública, art. 93.4º. Es este punto, uno de los más novedosos pero no el más importante, aunque bajo una interpretación sistemática con el resto del Ley 7/2007, EBEP, encierra un propósito claro de indiferenciar² uno y otro tipo de personal³.

¹ Vid. Lorenzo de Membiela, J. B., *Régimen disciplinario de los funcionarios de la Carrera*, 2ª edic., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.

² Para profundizar en esta vertiente defendida por algún sector de la doctrina, sobre todo aquella influida por la función pública italiana, véase la explicación sociológica dada por Mayntz, Renate, en *Sociología de la Administración Pública*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 189.

³ La opción por la funcionarización es una opción indubitada en los países de nuestro entorno cultural. Criterio que procede de sentencias no solo del TC, vid. STC 11 de junio

La Resolución de la Secretaría General de Administración Pública de 5 de junio de 2007 citada explicita el régimen jurídico sobre la incidencia de la Disp. Final. 4ª Ley 7/2007, EBEP, manteniendo el RRDFAE de 1986, LMRFP de 1984 y preceptos de la LF de 1964, **en tanto no se opongan a lo previsto en la Ley 7/2007, EBEP**. Es decir, esta Disp. Final suspende *sine die*, la Disp. Derogatoria Única, a) Ley 7/2007, EBEP, hasta que se desarrolle reglamentariamente el Título VII de la Ley 7/2007, EBEP.

Sobre esta reflexión fácil es concluir que por hoy, el régimen jurídico es semejante al presuntamente superado, aunque presenta algunas características novedosas que no difieren en mucho a lo ya estudiado y que en unos casos es producto de normativizar jurisprudencia del TS y TC y en otros, recepcionar las sugerencias del Defensor del Pueblo, en este supuesto se encuentra la tipificación del acoso moral y el acoso laboral.

2. ¿NECESIDAD DE UNA POTESTAD DISCIPLINARIA EN LA ORGANIZACIÓN PÚBLICA?

La potestad punitiva o disciplinaria se deriva del art. 25.1º CE. El régimen aplicable al personal de las Administraciones Públicas se integra dentro del concepto más amplio de responsabilidad administrativa⁴ consistente en el ejercicio de una potestad discrecional con un objeto de aplicación difuso cuando no contradictorio. Esa versatilidad en el ejercicio de esta facultad se debe a la compleja simbiosis que concurre entre las exigencias de la gestión y la vigencia de las normas que, ante ciertas circunstancias, desaparecen.

La existencia de un derecho disciplinario, como apuntó Vedel⁵, no es especial de la Administración Pública sino que es propio de toda agrupación. Se persigue asegurar la vida ordenada del grupo. Y esta tesis es acorde con los postulados de la doctrina: Álvarez Gendín, sostiene que el poder disciplinario es la *facultad del órgano administrativo de corregir a los funcionarios cuando hayan cometido faltas*⁶. Y Ro-

de 1987. También del TJCE, sobre la interpretación del art. 48 Tratado Constitutivo de Roma, STJCE 12 de febrero de 1974, *Sotgiu vs Bundespos*, STJCE de 17 de diciembre de 1980 *Comisión vs Reino de Bélgica*, confirmada por la STJCE 3 de junio de 1986, *Comisión vs República de Francia* y STJCE 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum vs Land Baden-Württemberg*. En sintonía con el resto de Administraciones de los países de la UE y con la propia UE.

⁴ Montoro Puerto, M., *Régimen Disciplinario en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado*, Centro de formación y perfeccionamiento de funcionarios, Madrid, 1963, p. 10.

⁵ Vedel, G., *Droit administratif*, Paris Universitaires de France, 1961, pp. 122 y ss.

⁶ Álvarez Gendín, S., *Manual de Derecho Administrativo*, Zaragoza, 1941, pp. 199-200.

yo-Villanova aduce que *la potestad disciplinaria es la que derivando de una más general, la potestad correctiva, se ejerce por un funcionario respecto a sus inferiores o subordinados en la jerarquía y como consecuencia de una infracción de un mandato administrativo. Esa potestad se desenvuelve sin traspasar los límites que la ley marca*⁷. Parada Vázquez, siguiendo este iter razonal, la fundamenta en el principio de jerarquía⁸ y de mando.

Como vemos, la potestad disciplinaria es inherente a la burocracia como sistema mecanicista de organización y así es constatada unánimemente. Es la garantía del mando en un sistema que descansa sobre la jerarquía y la responsabilidad.

Pero en la actualidad, la incidencia del *management* —en el sentido definido por Dracker que lo identifica como un arte⁹— ofrece nuevas alternativas a esta potestad, calificada por autores norteamericanos, como *técnica fracasada*. Para Herbert Simon, Nóbel de economía en 1978, el proceso disciplinario descansa en las consecuencias de la insubordinación para complacer a la persona o personas que ostentan la facultad legal de aplicar sanciones y es esta posibilidad la que sirve de motivación constante sin amenazas expresas de persona alguna¹⁰. Si la sanción se aplica, el sistema ha fracasado. Es decir, la previsión del posible castigo no ha evitado el comportamiento indeseado.

La crisis del régimen disciplinario tal y como está previsto en la legislación española, incluido la Ley 7/2007, EBEP, es manifiesta. Y la crisis esta justificada por un simple principio de supervivencia de la organización en tanto obligada a una eficacia y eficiencia de servicios públicos por incidencia del art. 3.2º.a) y b) LOFAGE y art. 3.1º Ley 30/1992 de RJAPPAC. ¿Qué significa esto? La potestad disciplinaria no responde a las actuales estrategias realizadas por la sociología de la organización para maximizar la eficiencia en el trabajo.

Como justifica Robbins, la aplicación de correcciones, advertencias escritas y suspensiones temporales, incurren en costos por los efectos que los castigos producen en los empleados. Puede ser una solución a corto plazo pero también trae efectos colaterales graves. Entre ellos la *asociación mental que se crea entre jefe y castigo*, provocan-

⁷ Royo Villanova, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 25ª Edic., t. I., autor-editor, Valladolid, 1960, p. 77-8.

⁸ Parada Vázquez, R., *Derecho Administrativo*, t. II, 14ª Edic., en « Organización y empleo público », Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 518.

⁹ Drucker, P., *Drucker esencial. Los desafíos de un mundo sin fronteras*, Edhasa, Barcelona, 2003, pp. 302-3.

¹⁰ Herbert A. Simon, Donald W. Smithburg y Victor A. Thompson, *Administración Pública*, Letras, Mexico, 1968, p. 170.

do miedo. Miedo que destruye los canales de comunicación entre administrador y empleados. Junto a ello, se castiga por una conducta realizada pero no se ofrecen al imputado otras conductas alternativas preferentes¹¹.

Cuestionada también por Ivancevich, Konopaske y Matteson¹² porque el castigo es un método de modificación de conducta controvertido en donde el costo es muy superior a lo infringido. El castigo produce temor de los trabajadores hacia los directivos, superiores en jerarquía, convirtiéndose en un indicio ambiental que transmite a los empleados la probabilidad de que ocurra un hecho adverso¹³.

Mcgregor en defensa de su *teoría de la dependencia entre empleados y administradores* cuestiona el régimen disciplinario sobre la tesis que *si bien los jefes pueden intentar imponer su autoridad mediante el empleo de sanciones, el individuo puede emplear otras tácticas que pueden influenciar a los que estén arriba de él para satisfacer sus necesidades y cumplir sus responsabilidades en la organización*. Por ello, tan necesarios son los unos como los otros¹⁴.

Como enfatizan Douma y Schreuder, las organizaciones no se basan sólo en autoridad —y como consecuencia de ella, en el hecho disciplinario— sino, sobretodo, en la confianza, factor que cimienta toda una organización y que fue identificado por Mintzberg¹⁵.

Para Simon, las sanciones son de utilidad limitada. Apunta que una propuesta respaldada por la amenaza manifiesta de castigo tiene frecuentemente muchas consecuencias distintas de la aceptación que era la única deseada. Pero además puede ser destructiva para la organización por el poder de división que tiene: divide la organización en campos hostiles. Rebaja la moral, menoscaba las colaboraciones no solicitadas de los empleados¹⁶, es decir, la iniciativa, la motivación, la identificación del funcionario con su organización y sus metas.

Y ello atenta a la dignidad del trabajo y al sentimiento de los derechos de la persona humana en el trabajador, derechos en nombre de

¹¹ Robbins, Stephen P., *Comportamiento organizacional*, 10ª edic., Pearson-Prentice Hall, Mexico, 2004, p. 53.

¹² Ivancevich, Jhon M., Konopaske, Robert y Matteson, Michael T. *Comportamiento organizacional*, 7ª Edic., McGraw-Hill, Mexico, 2006, pp. 246 y ss.

¹³ Hellriegel, Don y Slocum Jr., Jhon W., *Comportamiento organizacional*, 10ª edic., Thomson, Mexico, 2004, p.101.

¹⁴ Mcgregor, Douglas, *El lado humano de las empresas*, McGraw-Hill, Mexico, 2006, pp. 31-2.

¹⁵ Douma, Sytse y Schreuder, Hein, *Enfoques económicos para el análisis de las organizaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 225.

Sobre los efectos del miedo y la confianza en organizaciones véase a Roberts, J., *La empresa moderna. Organización, estrategia y resultados*, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 134-5.

¹⁶ Herbert A. Simon, Donald W. Smithburg y Victor A. Thompson, *Administración Pública*, Letras, Mexico, 1968, p. 178.

los cuales el empleado se considera ante quien le emplea en una relación de justicia y como una persona adulta, no como un niño o sirviente. Constituye, apunta Maritain, un *dato moral* que trasciende los problemas de la economía porque afecta al hombre en sus profundidades espirituales¹⁷.

Cuando lo único claro en una organización son las sanciones, el empleado se refugia en una simple y desnuda relación crematística. Esa relación sinalagmática no es, en cambio, lo pretendido de un funcionario porque la organización le exige un compromiso moral, interno. Un vínculo que va más allá de una mera relación de servicios, pero que en cambio, no nace *motu proprio* sino que precisa de una génesis.

Sirvan estas reflexiones para ponderar el empleo o no de una potestad que es reconocida a la Administración para enfatizar una autoridad sobre los empleados, sopesando las consecuencias. No quiero decir con ello que lo disciplinario sea aparcado de las instituciones al uso, sino más bien empleado conforme a principios éticos, respeto a los derechos humanos y derechos fundamentales. Una potestad correctiva enderezada a la optimización de la eficiencia del servicio, simplemente. Su empleo con otros objetivos incurriría en abuso de derecho, debiendo ser anuladas por los tribunales.

No olvidemos que el autoritarismo en la gestión provoca un uso excesivo de la potestad disciplinaria¹⁸ y la instauración del miedo, que coacta la libertad creativa, el sosiego preciso para trabajar y la inseguridad diaria. Ello causa agotamientos psicológicos con el aumento del absentismo laboral o la enfermedad del funcionario (que supone una lesión a la integridad corporal y psíquica). Hecho éste sumido en una levedad imperceptible porque el hombre se ha cosificado perdiendo todo valor.

Consecuencia de la amoralidad gestora surgen patologías en los directivos. Piñuel y Zabala las ha tratado con gran precisión en sus libros¹⁹. Y frente a esta descomposición de las cosas, caben dos opciones: o la huida o el enfrentamiento. Éste roza los límites de la capacidad humana en este caso, apunta Mongardini, se gesta o el mártir o el héroe²⁰.

¹⁷ Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, 2ª edic, trad. Palacios, J.M., Ediciones Encuentro, Madrid, 2002, p. 110-1

¹⁸ Simon, H.A., Smithburg, D.W. y Thompson, V.A., *Administración Pública*, Letras, Mexico, 1968, pp. 476-7.

¹⁹ Neomanagement: jefes tóxicos y sus víctimas, Aguilar, Madrid, 2004; *Mi jefe es un psicópata*, Alianza Editorial, Madrid, 2007; *Por qué la gente normal se vuelve perversa al alcanzar el poder*, Alianza, Madrid, 2008.

²⁰ Mongardini, C., *Miedo y sociedad*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p. 12.

No sería honesto criticar una institución secular de la Administración sin proponer otra alternativa. Una de entre varias, con resultados probados, se denomina «disciplina sin castigo» o «disciplina positiva», usada con efectos muy positivos en la organización General Electric en Vermont, EEUU²¹.

3. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

La Ley 7/2007, EBEP, incorpora a su articulado en el art. 94.2º los siguientes:

- Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos.
- Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor.
- Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación.
- Principio de culpabilidad.
- Principio de presunción de inocencia.

Estos derechos son parte de otros muchos derivados de la CE y que también son de aplicación aunque a través del cauce jurisprudencial. Lo cierto es que es difícil de entender el porqué se ha optado por éstos únicamente. Una posible explicación sea que los derechos contenidos en el art. 94.2º Ley 7/2007, presentan una similitud en su enumeración a los contenidos en el Título IX de la Ley 30/1992 de RJAPPAC, aunque dichos principios no sean de aplicación al régimen disciplinario, como determina el art. 127.3º y la Disp. Adicional 8ª Ley 30/1992 de RJAPPAC:

En el art. 127 Ley 30/1992 de RJAPPAC recoge el principio de legalidad, se corresponde al art. 94.2º.a) Ley 7/2007, EBEP.

En el art. 128 Ley 30/1992 de RJAPPAC recoge el principio de irretroactividad, se corresponde al art. 94.2º.b) Ley 7/2007, EBEP.

En el art. 131 Ley 30/1992 de RJAPPAC recoge el principio de proporcionalidad, que se corresponde al art. 94.2º.c) Ley 7/2007, EBEP.

²¹ Vid. Hellriegel, Don y Slocum Jr., Jhon W., Comportamiento organizacional, cit., p. 103.

En el art. 129 Ley 30/1992 de RJAPPAC, recoge el principio de tipicidad, que se corresponde al art. 94.2º.a) Ley 7/2007.

En el art. 130, *Responsabilidad*, esta ubicado el principio de culpabilidad, que se corresponde al art. 94.2º.d) Ley 7/2007, EBEP.

En el art. 131 Ley 30/1992 de RJAPPAC recoge el Principio de Presunción de inocencia, que se corresponde al art. 94.2º.e) Ley 7/2007, EBEP.

De esa simetría podría esperarse alguna consecuencia. Sea porque el legislador piense en la unificación del régimen disciplinario al régimen sancionador administrativo de la Ley 30/1992 de RJAPPAC, sobre la consideración de superar la concepción dogmática de las relaciones de especial sujeción por la relación jurídica general del empleado público con la Organización. Consideración técnica que se abre paso lentamente en la jurisprudencia del TC y TS. Sea porque haya utilizado la Ley 30/1992 de RJAPPAC como fuente, sólo.

Sin embargo, los principios enumerados no son exhaustivos para los contenidos en la jurisprudencia del TC y TS de aplicación al procedimiento disciplinario diferenciando²²:

Principios sustantivos

1. Tipicidad.
2. Antijuridicidad.
3. Culpabilidad.
4. Punibilidad.

Principios del procedimiento

1. Interdicción de las penas de privación de libertad.
2. Respeto a los derechos de defensa.
3. Asistencia letrada.
4. Derecho a ser informado de la acusación.
5. Derecho a la presunción de inocencia.
6. Derecho a no declarar contra sí mismo.
7. Subordinación a la autoridad judicial.
8. Prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionadoras o disciplinarias.
9. Taxatividad, concreción y precisión en la norma sancionadora.
10. Prohibición del *bis in idem*.
11. Proporcionalidad.

Analicemos los tipificados en la Ley 7/2007, EBEP.

²² Lorenzo de Membiola, J.B., Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera, Aranzadi, Pamplona, 2006.

3.1. Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos, art. 94.2º.a) Ley 7/2007, EBEP

La **tipicidad** está reconocida normativamente en el art. 25.1º CE. Consiste en la descripción de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las correspondientes sanciones, SSTC 30 de enero de 1981²³, 16 de junio de 1982²⁴, 15 de octubre de 1982²⁵, 15 de noviembre de 1990²⁶, 11 de abril de 1994²⁷ y 25 de abril de 1994²⁸. Junto a la ya conocida dictada por el TS, Pleno, de 28 de mayo de 1987²⁹, que sanciona:

«[...] La jurisprudencia insiste en que el acto u omisión castigados tienen que hallarse claramente definidos como faltas administrativas siendo exigible la perfecta adecuación de las circunstancias objetivas determinantes de la ilicitud por una parte y las personas que a su vez determinan la imputabilidad[...]».

Se persigue con este principio la estricta y concreta definición de la conducta que la ley sanciona pero también opera como premisa garantista del principio constitucional de promover junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa*³⁰. Es decir, que las infracciones o faltas, así como las sanciones disciplinarias deben estar perfectamente descritas y predeterminadas.

Acorde con la posición del TC³¹, la aplicación del art. 25.1º CE y su principio de legalidad no es suficiente para asegurar no sólo *la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos*; también que nadie pueda ser castigado por acciones u omisiones no previstas por la ley. La tipicidad opera en el ejercicio de la potestad disciplinaria por un lado, como garantía material, respecto de la cual, la Administración Pública se encuentra en una situación de sujeción absoluta

²³ (RTC 1981,2).

²⁴ (RTC 1982,37).

²⁵ (RTC 1982,62).

²⁶ (RTC 1990, 182).

²⁷ (RTC 1994,102).

²⁸ (RTC 1994,120).

²⁹ (RJ 1987, 3491).

³⁰ Fernández Montalvo, R., Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración, en « Derecho administrativo sancionador », Cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1993, 13, s.p. [pero 9-61].

³¹ SSTC 17 de marzo de 2001 (RTC 2001,64), 4 de junio de 2001 (RTC 2001,123), 4 de junio de 2001 (RTC 2001,125), y de 8 de abril de 2002 (RTC 2002,75).

—art. 9.1º CE y 103.1º CE—. Por otro, impide a los órganos administrativos —a sus titulares, obviamente— una interpretación extensiva junto al uso de la analogía in *malam partem*: la aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan.

El **principio de legalidad**, art. 94.2º.a) Ley 7/2007, EBEP, es diferente del principio de tipicidad que aún siendo inseparables responden a necesidades distintas³². Las sentencias de los tribunales reflejan este razonamiento en diversas resoluciones. La STS 26 de junio de 2001³³, FD cuarto, recoge este razonamiento plasmándolo del siguiente modo:

«Si bien puede considerarse que, aunque relacionadas, se trata de dos garantías diferenciables, identificadas, en su concepción clásica, como principio de legalidad, en el sentido de «reserva de ley», y principio de tipicidad. Así, en Sentencias de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9640) y 5 de febrero de 1990 (RJ 1990\853), dijo la Sala que aunque los conceptos de legalidad y de tipicidad tengan su apoyo en el artículo 25 CE no se identifican sino que el segundo tiene un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica[...]»

La tipicidad es sistemática, además, con el art. 9.3º CE, de seguridad jurídica, en su vertiente subjetiva que refiere a la previsibilidad de la norma, la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos *programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente*, STC 15 de noviembre de 2000³⁴, FD decimoprimeros :

«[...] Por lo que hace a las dudas que suscita la conformidad del precepto cuestionado a la que hemos denominado vertiente subjetiva de la seguridad jurídica, reconducible a la idea de previsibilidad, es preciso ponderar los diferentes elementos en presencia, pues sólo tras dicha ponderación será posible concluir si el

³² Fernández Montalvo, R., Principios sustantivos de la potestad sancionadora de la administración, en « Derecho administrativo sancionador », Cuadernos de Derecho Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1993, 12, s.p. [pero 9-61].

³³ (RJ 2001,5740).

³⁴ (RTC 2000, 273).

art. 9.3 CE ha resultado vulnerado o si, por el contrario, la seguridad jurídica, que no es un valor absoluto, ha de ceder ante otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos (STC 182/1997, F. 13). En los términos de la misma Sentencia, se trata de «un interrogante al que sólo puede responderse después de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, especialmente la previsibilidad de la medida adoptada» (ibídem F. 13). En consecuencia, resulta oportuno recordar, una vez más, sumariamente, determinados aspectos concernientes a la génesis de la norma[...]».

En concordancia con las SSTC 21 de julio de 1987³⁵, 21 de julio de 1997³⁶, 29 de septiembre de 1997³⁷ y 29 de septiembre de 2001³⁸.

Sobre la STS 28 de febrero de 2005³⁹, FD quinto, *la tipificación como exigencia de seguridad jurídica se concreta no en la certeza absoluta, sino en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta.*

Como ha razonado el TC el principio de tipicidad representa la garantía material del principio de legalidad, frente al principio de reserva de ley, que es la garantía formal⁴⁰. La STC 27 de febrero de 2003⁴¹, explícitamente razona esta tesis, determinando su contenido y extensión en su FD octavo:

«[...] La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones («lex certa»). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las Leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la Ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio [RTC 1987\133], F. 5; 182/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990\182], F. 3; 156/1996, de 14 de octubre [RTC 1996\156], F. 1; 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997\137], F. 6; 151/1997, de 29 de septiembre [RTC 1997\151], F. 4; 232/1997, de

³⁵ (RTC 1987,133).

³⁶ (RTC 1997,137).

³⁷ (RTC 1997,151).

³⁸ (RTC 2001, 64).

³⁹ (LLJ 1201,2005).

⁴⁰ SSTC 21 de enero de 1987 (RTC 1987,2) y 7 de abril de 1987 (RTC 1987,42).

⁴¹ (RTC 2003,38).

16 de diciembre [RTC 1997\232], F. 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «in malam partem» (SSTC 81/1995, de 5 de junio [RTC 1995\81], F. 5; 34/1996, de 11 de marzo [RTC 1996\34], F. 5; 64/2001, de 17 de marzo [RTC 2001\64], F. 4; 170/2002, de 30 de septiembre [RTC 2002\170], F. 12), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes[...].

Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad cabe hablar de aplicación analógica o extensiva «in malam partem», vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, F. 7; 236/1997, de 22 de diciembre [RTC 1997\236], F. 4; 56/1998, de 16 de marzo [RTC 1998\56], F. 8; 189/1998, de 28 de septiembre [RTC 1998\189], F. 7; 25/1999, de 8 de marzo [RTC 1999\25], F. 3; 142/1999, de 22 de julio [RTC 1999\142], F. 4; 174/2000, de 26 de junio [RTC 2000\174], F. 2; 195/2000, de 24 de julio [RTC 2000\195], F. 4; 278/2000, de 27 de noviembre [RTC 2000\278], F. 11; 127/2001, de 4 de junio [RTC 2001\127], F. 4; 123/2002, de 20 de mayo [RTC 2002\123], F. 8; 170/2002, de 30 de septiembre [RTC 2002\170], F. 12; y 13/2003, de 28 de enero [RTC 2003\13], F. 3)».

La tipicidad en cuanto tal, se cumple escasamente en el ámbito disciplinario, con la salvedad del art. 31 LMRFP de 1984, siendo frecuente el establecimiento de tipos genéricos englobando infracciones difusas o indeterminadas de deberes y obligaciones públicas⁴². Y es

⁴² Cfr. Climent Barberá, J, *Función Pública: Régimen disciplinario*, en «Diccionario de derecho Administrativo», t.I, dir. Muñoz Machado, S., Justel, 2005, p. 1273.

sobre esta indeterminación en donde actúa más activamente este principio.

Del mismo modo, la tipicidad vincula a los órganos jurisdiccionales controlando su razonamiento interpretativo en atención a los valores constitucionales de seguridad jurídica, art. 9.3º CE, e independencia de los poderes del Estado o lo que es lo mismo, el principio político de división de poderes que vertebra el Estado de Derecho, conforme a los arts. 66.1º y 2º CE, art. 97 y 103 CE y art. 117.1º CE. Principalmente que el judicial no invada esferas legislativas que no le están atribuidas por la CE, o como acuña Jiménez Villarejo⁴³ *al Juez español le está vedado, en principio, descubrir «lo justo abstracto» fuera de la ley, es decir, crear el derecho prescindiendo de las fuentes del ordenamiento jurídico que enumera el art. 1.1 CC en un orden que no puede ser arbitrariamente alterado.*

3.2. Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor

Que es plasmación *ad litteram* del art. 9.3º CE pero también del art. 25.1º CE, véase el ATC, Sala 1ª, 23 de febrero de 1983⁴⁴, FD segundo:

«En cuanto a la presunta violación del art. 25.1 de la Constitución, que impone la no retroactividad de las normas sancionadas, también hay que concluir que carecen de fundamento las alegaciones del recurrente, pues los hechos por los que fue sancionado están previstos en el tipo de falta grave recogido en el art. 7, apartado P, en relación con el apartado H del Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración Civil del Estado, aprobado por Decreto 2088/1969, de 16 de agosto (RCL 1969\1770 y NDL 14634), al que remite el art. 62 del Estatuto de Personal al Servicio de los Organismos Autónomos, aprobado por Decreto 2043/1971, de 30 de julio (RCL 1971\1639 y NDL 22852), es decir, dichos hechos estaban tipificados con manifiesta antelación al momento en que según la resolución impugnada los cometió el recurrente» .

⁴³ Jiménez Villarejo, J., Objeción de conciencia e insumisión. una aproximación desde el derecho penal, en « Vinculación del juez a la ley penal » , Cuadernos de Derecho Judicial , Consejo General del Poder Judicial, 1995, 17, s.p. [pero 209-58] .

⁴⁴ (RTC 1983,77 AUTO).

3.3. Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación, art. 94.2º.c) Ley 7/2007, EBEP

El principio de proporcionalidad de las sanciones persigue la debida congruencia o correspondencia entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida en atención a las circunstancias personales del infractor, las objetivas de la actividad desarrollada y la entidad de la infracción. Es extraído de los arts. 1.1º CE y 10 CE sobre la consideración que la desproporcionalidad de la pena infrinja derechos fundamentales. Inherente al Estado de Derecho, constituye un auténtico canon de constitucionalidad de la actuación de los Poderes Públicos. Pertenece al acervo jurídico de la Unión Europea, integrado en nuestro ordenamiento jurídico es dado por el art. 10 CE, por los tratados internacionales. Principalmente por el Convenio de Roma, art. 10.2º y 18. Para la STC 15 de octubre de 1982⁴⁵, el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho cuya incidencia en nuestro ordenamiento vendría por el Tratado de Roma ratificado por España en 1979.

El principio de proporcionalidad también cabe denominarlo *principio de prohibición del exceso*⁴⁶ que se proyecta tanto sobre la conminación penal abstracta de la pena como sobre la aplicación de su correcta imposición. La proporcionalidad exige un juicio ponderativo entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, debiéndose atender en primer lugar a la gravedad de la infracción cometida.

Exige este principio una adecuación de la injerencia para un fin legítimo y la necesidad de la intervención. Un equilibrio entre las medidas adaptadas y los fines perseguidos ponderando la gravedad de las penas⁴⁷. Por ello, principios básicos de Derecho Penal como el de protección exclusiva de bienes jurídicos, intervención mínima, fragmentariedad u ofensividad no son, en realidad, más que concreciones de la noción del principio de proporcionalidad.

La calificación de una sanción como inhumana o degradante depende de su ejecución y de las modalidades que ésta revista. Pero

⁴⁵ (RTC 1982, 62).

⁴⁶ Ruiz Vadillo, E., Principios generales. legalidad, proporcionalidad, etc., en «La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal» , Cuadernos de Derecho Judicial , CGPJ , 1993, 29, s.p. [pero 9-57] .

⁴⁷ López Ortega, J.J., Los principios constitucionales del derecho penal en la doctrina del tribunal constitucional, en « Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa » , Cuadernos de Derecho Judicial , Consejo General del Poder Judicial , 1994, 27, s.p. [pero 139-60] .

también, no olvidamos, el ánimo subjetivo de quien ostenta la potestad de ejercitarla, pudiendo acarrear, además de la pena en sí, otras consecuencias gravosas derivadas de un especial envilecimiento que agravan la sanción original.

La pena o concurrencia de penas que provoque, además, humillación, ignominia, sufrimiento de una especial intensidad, envilecimiento o sensaciones y actitudes semejantes, son consideradas como infractoras del art. 15 CE, integridad física y moral en relación con el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, ratificado por España en 1979 plenamente aplicable por incidencia del art. 10.2° CE.

La integridad moral, es un derecho de la personalidad, como apunta la temprana STS de 7 febrero 1962⁴⁸. Recogido en el art. 15 CE, dentro de los derechos fundamentales de la persona y, por ello mismo, protegidos por la vía del art. 53.2° CE y art. 161.1° b) CE. El art. 15 CE tiene como antecedente inmediato el *Unversehtheit* de la doctrina alemana, es decir, la *incolumidad*: el derecho a la salud física y mental, el derecho al bienestar corporal y psíquico y el derecho a la propia apariencia personal⁴⁹. Por ello no es de extrañar la íntima conexión de este artículo con el art. 43.1° CE que protege el derecho a la salud⁵⁰. La protección penal de la integridad moral se encuentra en el art. 173.1° CP. No define expresamente la integridad moral, tampoco la CE lo hace, sin embargo, cabe inferir del CP una aproximación a la integridad moral aunque ésta, a decir de Serrano Gómez⁵¹, sea amplia y es cierto que es difusa por no ser concretada. Se entiende por atentando a la integridad moral los actos que supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. Quizás este comentario quepa articularse como criterio limitativo en la actividad punitiva de la Administración Pública.

La dimensión conceptual del principio de proporcionalidad puede verse en la STC 22 de mayo de 1986⁵², FD cuarto, que explicita:

«Respecto a la supuesta infracción del art. 15 de la Constitución, en cuanto prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos

⁴⁸ O'Callaghan Muñoz, X., Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo, en « Honor, intimidad y propia imagen », Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1993, 35, s.p. [pero 149-205].

⁴⁹ Rodríguez Mourullo, G., Derecho a la vida y a la integridad personal, en « Comentarios a la legislación penal », Edersa, Madrid, 1982.

⁵⁰ Vid., Blasco Esteve, A., Idas y venidas en la lucha contra el ruido, Revista de Administración Pública, 2000, 153, pp. 270-1.

⁵¹ Serrano Gómez, A., Derecho Penal, Parte especial, cit., p. 187.

⁵² (RTC 1986, 65).

o degradantes, basta señalar que **la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que ésta reviste, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas) o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena. Tales consideraciones fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), al interpretar el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, (RCL 1979\2421), y son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el art. 10-2 de la Constitución, según el cual, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», entre los que se cuenta el mencionado Convenio Europeo. Ahora bien, **en el caso que nos ocupa, se impuso al recurrente una pena de privación de libertad y otra de inhabilitación absoluta, penas que, independientemente de su mayor o menor extensión, no pueden ser calificadas de inhumanas o degradantes en el sentido antes indicado.** Desde este punto de vista no puede inferirse tampoco que el citado art. 15 contenga en modo alguno un principio de proporcionalidad de las penas aplicables al caso presente[...] ».**

En el ámbito del RRDFP de 1986 únicamente operaría este principio de proporcionalidad para las sanciones muy graves y graves pues pueden imponerse varias sanciones al amparo de los artículos 14 a 18 RRDFP de 1986. Sin embargo, **el art. 94.2° c) Ley 7/2007, EBEP**, prevé la aplicación del principio de proporcionalidad en toda la dimensión del régimen disciplinario. Y efectivamente el **art. 96.3° Ley 7/2007, EBEP**, en cuanto a las sanciones esgrime como elementos ponderativos de las sanciones a aplicar *el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación*.

La elección de la sanción a imponer es facultad de la Administración instructora aunque esa discrecionalidad que afecta al *ius puen-di* del Estado es un tema que trasciende a derechos fundamentales. Se

presume, y como tal presunción hay que tomarla, que la actuación administrativa es objetiva e imparcial en el sentido previsto en el art. 103.1º CE, pero también puede implicar un uso arbitrario, con lo que se infringiendo la prohibición a la arbitrariedad del art. 9.3º CE. Esa desviación de poder supondría, del mismo modo, la nulidad de actuaciones por ser una transgresión de preceptos constitucionales ex art. 62.1º.a) Ley 30/1992 de RJAPPAC.

Alguna jurisprudencia estimó que la aplicación de las sanciones, para faltas muy graves y graves, debería ser una operación reglada, STS 3 de abril de 1990⁵³, FD tercero:

«Desde otro punto de vista, el Derecho Administrativo sancionador se caracteriza por la flexibilidad con que lleva a cabo la tipificación de las infracciones y el señalamiento de las sanciones correspondientes, especialmente en el ámbito de la supremacía especial —Sentencia del Tribunal Constitucional 219-89, de 21 de diciembre (RTC 1989\219)—. Esta flexibilidad no implica en modo alguno discrecionalidad. El carácter reglado de la potestad sancionadora —art. 25.1 de la Constitución— impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas pero igualmente justas —indiferentes jurídicamente—: no cabe pensar que dos sanciones diferentes puedan ser igualmente justas. La jurisprudencia de esta Sala viene insistiendo en este punto —así, Sentencia de 23 de enero de 1989 (RJ 1989\421)— poniendo de relieve que el principio de la proporcionalidad o, dicho de otra manera, los principios penales de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada[...]».

En el mismo sentido SSTS 23 de enero de 1989⁵⁴, 3 de abril de 1990⁵⁵ y 11 de junio de 1992⁵⁶. Explicativamente, la STSJ del País Vasco 20 de enero de 1996⁵⁷, FD tercero:

«[...] Por último, se alega vulneración del principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por los

⁵³ (RJ 1990,3578).

⁵⁴ (RJ 1989,42).

⁵⁵ (RJ 1990,3578).

⁵⁶ (RJ 1992,4625).

⁵⁷ (RJCA 2000,1917).

Tribunales del ejercicio de la potestad por parte de la Administración sancionadora cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción. El principio de proporcionalidad o los principios penales de individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho y a la personalidad del autor, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada [...] señala que con reiteración viene manteniendo la procedencia de concretar las sanciones administrativas en contemplación de la infracción cometida, graduándolas con el adecuado criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del Derecho Sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada, correspondiendo a la actividad jurisdiccional, como se dice en la Sentencia de 26 de septiembre de 1990 (RJ 1990\7129), no tan sólo la facultad de subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferible de principios informadores del ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción[...]».

Teoría deseable que también se encontraría sometida al principio de proporcionalidad.

3.4. Principio de culpabilidad, art. 94.2º.d) Ley 7/2007, EBEP

El principio de culpabilidad no es declarado expresamente en la CE pero deriva de ella. Concretamente del principio de legalidad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad; de la idea general del Estado de Derecho⁵⁸. Más explícitamente, la STC 23 de enero de 1998⁵⁹ (R. de Mendizábal), FD tercero, infiere el principio de culpabilidad de los principios de legalidad y prohibición del exceso (art. 25.1 CE) o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho.

Otro criterio comúnmente aceptado⁶⁰ es el que deriva el principio de culpabilidad del derecho fundamental a la presunción de inocen-

⁵⁸ Judel Prieto, A. y Piñol Rodríguez, J.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, T. I, coor. Suárez-Mira Rodríguez, C., cit., p. 242.

⁵⁹ (RJ 1998,601).

⁶⁰ De Vicente Martínez, R., Culpabilidad, Presunción de Inocencia y Delitos de Sospecha, Revista del Poder Judicial, 1984,33 y Rodríguez Padrón, C., La influencia de la culpabilidad en la determinación de la pena, en «Elementos subjetivos de los tipos penales», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1994, 33, s.p. [pero 73-135].

cia del art. 24.2º CE, por cuanto inocencia significa *exención de toda culpa en un delito, de tal modo que sólo al culpable se le puede imponer una pena*.

Para Cerezo Mir determina el concepto material de culpabilidad ha de ser coherente con el concepto de ser humano que inspira la CE, que consagra un Estado social y democrático de derecho, que perfila una concepción del hombre como persona, responsable y capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos⁶¹.

Se define la culpabilidad como el reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico⁶². Esta reprochabilidad se funda en la idea de libertad del hombre. El principio de culpabilidad excluye, como apunta el ATC 10 de diciembre de 1991⁶³, la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del imputado.

Dos principios acotan la culpabilidad: el primero, *no hay pena sin culpabilidad*, derivado de los arts. 5 y 10 CP. El segundo: *la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad*.

La culpabilidad debe ser ponderada en atención a la condición del *homo societatis* rechazándose que el fundamento de la culpabilidad se encuentre en la idea de prevención.

De las distintas concepciones de la culpabilidad únicamente la normativa resulta sistemática con el significado constitucional del Estado de Derecho pues toma en consideración elementos subjetivos presentes en la comisión del ilícito. Este hecho evidencia que únicamente la voluntad real de un autor, que se encuentra en condiciones psicofísicas óptimas (imputabilidad), persigue, asume, prevé o debería haber previsto, como apunta Suárez-Mira, un resultado antijurídico. Exigiéndole haber puesto todos los medios a su alcance que hubieran impedido tal evento obrando de un modo alternativo (exigibilidad)⁶⁴. Por ello, Cobo y Antón declaran que *debido es lo que puede ser exigido*, configurando el núcleo de la culpabilidad en la infracción de las obligaciones personales dimanantes de la norma de deber⁶⁵.

Cerezo, razona que la culpabilidad es culpabilidad de la voluntad. Se le reprocha al sujeto que adopte la voluntad de realizar una acción

⁶¹ Cerezo Mir, J., Curso de derecho penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito, Tecnos, Madrid, 2004, p. 40.

⁶² Rodríguez Devesa, J.M., Derecho Penal Español, Parte General, cit., p. 433 y Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T.S., Derecho Penal. Parte General, cit., p. 535.

⁶³ (RTC 1991,361 Auto).

⁶⁴ Judel Prieto, A. y Piñol Rodríguez, J.R., Manual de Derecho Penal, Parte General, T. I, coor. Suárez-Mira Rodríguez, C., cit., p. 248.

⁶⁵ Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T.S., Derecho Penal. Parte General, cit., p. 555.

u omisión típica y antijurídica en lugar de haber adoptado una resolución de voluntad diferente conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico⁶⁶.

La CE no incorpora doctrina alguna sobre la culpabilidad, así es explicitada por la STC 4 de julio de 1991⁶⁷, FD cuarto, aunque sí declara que el principio de culpabilidad deriva de la CE como principio estructural básico del Derecho Penal:

«[...] En efecto, la C.E. consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos -SSTC 65/1986, 14/1988 (RTC 1988\14) y otras-. Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación». De otra parte, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos [...]».

Aunque es cierto que el ATC 497/1983 defiende que la culpa penal se compone de *previsibilidad* y *evitabilidad*, y que con respecto a la primera *no requiere el conocimiento actual, característico del dolo, pues basta un conocimiento potencial, que existe si el autor pudo prever el resultado*. El Auto citado reconoce la apreciación de ambos elementos a los Tribunales conforme a l art. 117.3º CE pero no adopta finalmente ninguna posición doctrinal. Porque en conclusión, como apunta la STC 18 de julio de 1989⁶⁸, FD décimo, las categorías dogmáticas «no representan límites infranqueables al legislador, sino explicaciones y sistematizaciones de una realidad forzosamente cambiante:

«[...] Pero los requisitos que ese artículo establece respecto de su regulación se refieren a la reserva de ley, a que su estructura y funcionamiento interno sean democráticos (lo que ahora no se

⁶⁶ Cerezo Mir, J., Curso de derecho penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito, cit., p. 127.

⁶⁷ (RTC 1991,150).

⁶⁸ (RTC 1989,132).

discute), y a que tales organizaciones contribuyan «a la defensa de los intereses económicos que les sean propios», lo que no es incompatible con que esa defensa se realice mediante la colaboración con la Administración y la representación ante ella de esos intereses; mediante los procedimientos que la Ley establezca. Ciertamente, y partiendo del Derecho vigente, la doctrina científica ha elaborado diversas categorías dogmáticas referentes al concepto y características de las Corporaciones Públicas en nuestro ordenamiento; pero tales categorías (frente a lo que parecen sostener varios recursos) no representan límites infranqueables al legislador, sino explicaciones y sistematizaciones de una realidad forzosamente cambiante».

Sin perjuicio de ello, y en atención a la pleitesía del Alto Tribunal de no apostar por tendencias doctrinales, sí cabe resaltar una mayoritaria inclinación por la concepción normativa de la culpa.

La aplicación de las concepciones penales sobre la culpabilidad a la potestad sancionadora y por ende a la disciplinaria fue vista con cautela por el TS en una primera fase. De ella podemos exponer la STS 15 de febrero de 1990⁶⁹ FD cuarto. Acertadamente destaca que el procedimiento disciplinario no es un procedimiento judicial; el instructor es juez y parte lo que desnaturaliza esa aplicación *in extenso*:

«En primer lugar, no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo, **en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo** (ATC 320/1986, fundamento jurídico 5.º). En el mismo sentido y todavía con mayor

⁶⁹ (RJ 1990, 22).

rotundidad, en (ATC 170/1987, fundamento jurídico 1.º), se dijo que **el derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo** .

Sin embargo, la STC de 26 de abril de 1990⁷⁰ con remisión a la STC 3 de octubre de 1983⁷¹, conecta la **potestad sancionadora de la Administración Pública al *ius puniendi* del Estado**, declaración que implica el reconocimiento de los principios penales. El FD segundo de la STC de 1990 razona:

«[...] En suma, debe concluirse que la sanción tributaria participa de la misma naturaleza que las penas contenidas en el Código Penal. Sin embargo, tras la reforma operada se suprime la exigencia de «voluntariedad» y se añade que serán sancionadas las infracciones «incluso a título de simple negligencia», modificaciones que suponen un inadmisibles «giro copernicano» en la materia. Por el contrario, una vez sentado que los principios inspiradores del orden penal resultan de aplicación con matices al Derecho Administrativo sancionador, por ser ambos manifestación del Derecho punitivo del Estado —como se refleja en el art. 25.1 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y **en una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional—, debe mantenerse que los citados arts. 38.1 y 77.1 son inconstitucionales, pues la responsabilidad criminal es siempre directa y personal y requiere de culpabilidad (bien por dolo o por culpa), y frente a esto se establece ahora en un sistema absolutamente objetivo de las infracciones tributarias. Este resultado está en contradicción con la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) y con el principio de legalidad penal (art. 25.1 de la Constitución)[...]**».

En esta misma vertiente, STS 10 de febrero de 1986⁷², FD primero, asume los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los ilícitos administrativos:

⁷⁰ (RTC 1990, 76).

⁷¹ (RTC 1983, 77).

⁷² (RJ 1986, 504).

«[...] El ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico-penal en su conjunto, sea cual sea el ámbito en que se mueva la potestad punitiva del Estado, la jurisdicción o el campo en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las penas y sanciones por lo que, las infracciones administrativas para ser susceptibles de sanción o pena deben ser típicas, es decir, previstas y descritas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico protegido por el Ordenamiento y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho, principios trabajosamente consagrados por la ciencia del Derecho Penal a lo largo de su evolución y que se traducen en los bien conocidos «nulla pena sine lege, in dubio pro reo, non bis in ídem», prohibición de interpretaciones extensivas, etc., aplicables, por tanto a las infracciones administrativas[...].»

Explícitamente la STC 19 de diciembre de 1991⁷³, recoge la aplicación del principio de culpabilidad al procedimiento sancionador en su FD segundo, que declara el principio de la responsabilidad personal por hechos propios, principio de la personalidad de la pena o sanción:

«[...] Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa —STC 76/1990 (RTC 1990\76)—. Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios —principio de la personalidad de la pena o sanción— [STC 219/1988 (RTC 1988\219)]. Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma

⁷³ (RTC 1991, 246).

distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma. Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que la Sentencia del Tribunal Supremo que se impugna no ha lesionado el derecho a la presunción de inocencia de la demandante de amparo. En este caso, en efecto, siendo cierta y reconocida la falta de funcionamiento de las instalaciones de alarma por negligencia o comodidad de los empleados de la entidad recurrente, lo que la Sentencia impugnada lleva a cabo es una traslación de la responsabilidad a la entidad bancaria en cuestión razonando su juicio de reprochabilidad en la necesidad «de estimular el riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad». Ni ha habido falta de actividad probatoria de unos hechos que nadie discute (por lo que la presunción de inocencia no entra en juego ni ha sido vulnerada), ni la traslación del juicio de reprochabilidad en los términos descritos lesiona ningún otro derecho o principio constitucional[...].»

El principio de responsabilidad objetiva o sin culpa, rechazado por el TC en su Sentencia STC 26 de abril de 1990⁷⁴, no implica que pueda extenderse la responsabilidad disciplinaria a los funcionarios cuyas funciones directivas o predirectivas debían de mantener un deber de diligencia en su unidad de trabajo. Desde este aspecto, el art. 81.1º LF de 1964 declara que *los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo*. Igualmente la LOFAGE, en su art. 3.2º.d), declara la responsabilidad por la gestión.

En este orden de cosas, la STS 20 de febrero de 1982⁷⁵, interpreta la responsabilidad derivada del art. 81.1º LF de 1964 sin perjuicio de otras responsabilidades en que se pueda incurrir, Cdo. Primero:

⁷⁴ (RTC 1990,76).

⁷⁵ (RJ 1982,862).

«[...] Que en ningún momento, puede constituir un verdadero obstáculo, que impida la sanción del quebrantamiento de los más elementales deberes propios y característicos de toda función pública, y, así, en el propio Estatuto antes mencionado y más concretamente en su Capítulo 9.º, se señalan las responsabilidades en que aquéllos pueden incurrir al establecer de manera taxativa **«que los funcionarios son responsables de la buena gestión de los servicios a su cargo» sin que en ningún caso, la responsabilidad propia excluya la que pueda corresponder a otros niveles de gestión**, fijándose asimismo, que la responsabilidad civil o penal se hará efectiva en la forma determinada por las Leyes —art. 109— enumerándose de una manera concreta a su vez las faltas en las que pudiesen incidir —art. 112— especificándose las personas sujetas a responsabilidad y sus posibles sanciones —arts. 117 y 120— deduciéndose de cuanto antecede que los funcionarios adscritos a la Organización Sindical, deben observar en todo momento, una conducta pública y privada intachable como consecuencia del cargo que desempeñan, y la actitud contraria, ha de dar lugar a la consiguiente sanción disciplinaria fijada al efecto, y vinculada siempre a que la posible infracción, se derive de una conducta o manera de proceder intencional o negligente más o menos acusada, por todo lo cual, atribuidos al recurrente hechos claramente derivados de actividades inherentes al ejercicio de su cargo de Letrado Sindical, reveladoras de aquella forma de proceder es indudable, que a la Organización Sindical le corresponde conocer de los mismos, independientemente de la posible responsabilidad atribuible a otros organismos[...]».

Pero igualmente, el art. 6.10.a) LOFAGE determina:

«Los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, en la forma establecida en esta Ley, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:

- a) La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada».

En definitiva cabe concluir que el principio de culpabilidad es absolutamente aplicable al procedimiento disciplinario en tanto en cuanto aplicable a este procedimiento los derivados del Derecho Penal. En esta orientación se manifiesta de modo contundente la STS 21 de septiembre de 2004⁷⁶, FD tercero:

⁷⁶ (RJ 2004, 5964).

«[...] Debe concluirse que el juzgador de instancia ha respetado el principio de culpabilidad al considerar al recurrente autor del ilícito tipificado en el artículo 4.b) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, porque este principio, que se garantiza en el artículo 25 de la Constitución como principio estructural básico del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 150/1991, de 4 de julio (CI 1407/1989) (RTC 1991\150), que limita el ejercicio del ius punendi del Estado, exige que la imposición de la sanción se sustente en la exigencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STC 129/2003, de 20 de junio; RA 3081/2000 [RTC 2003\129])».

Conectando con el criterio sentado en la STS 30 de marzo de 1987⁷⁷, FD cuarto:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido elaborando con anterioridad a la Constitución la teoría del ilícito como supraconcepto comprensivo tanto del ilícito penal como del administrativo. Y sobre esta base, dado que el Derecho penal había obtenido un importante desarrollo doctrinal y legal con anterioridad a la formación de la doctrina de la potestad sancionadora de la Administración, se fueron aplicando a ésta los principios esenciales elaborados con fundamento en los criterios jurídico-penales.

Y en esta línea, el Tribunal Constitucional, precisamente con invocación desde el primer momento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo —así, sentencia 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981\18)—, ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador, y ello en un sentido material como procedimental —sentencia 2/1987 de 21 de enero—.

De lo expuesto deriva la exigencia de un elemento subjetivo en la infracción administrativa, lo que implica que el reproche que la sanción representa sólo será procedente cuando la conducta tipificada pueda ser atribuida a su autor a título de dolo o culpa, con la importante peculiaridad que supone la posibilidad de atribuir responsabilidad por este concepto a las personas jurídicas.

Este elemento subjetivo de la infracción puede descubrirse en los dos primeros párrafos del artículo 4.º del Decreto 3052/66 de

⁷⁷ (RJ 1987, 4162).

los que se desprende que la responsabilidad regulada en éste exige una participación, con conocimiento, en la infracción. Tratándose de una leña que se adquiere embotellada, en términos generales, no cabe atribuir responsabilidad al minorista por los vicios del líquido o del espesor del envase[...].»

La SAN 8 de abril de 1997⁷⁸, FD cuarto, explícitamente recoge el principio de culpabilidad:

«[...]Este precepto consagra expresamente la fundamentación subjetiva de la responsabilidad tributaria; exigencia del «elemento subjetivo» que la doctrina jurisprudencial venía declarando al aplicar en identidad los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, «lo que implica que el reproche que la sanción representa sólo será procedente cuando la conducta tipificada pueda ser atribuida a un autor a título de dolo o culpa» (STS 30 marzo 1987 [RJ 1987\4162], entre otras); además, «La Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural del derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos» (SSTC 65/1986 [RTC 1986\65] y 14/1988 [RTC 1988\14], entre otras)[...].»

Sin perjuicio de toda esta jurisprudencia, la aplicación del principio de culpabilidad tal y como viene concebido por el derecho penal no ha sido en absoluto adoptado por nuestros tribunales. La confusión terminológica, empleada con precisión en la ciencia penal, tiende a adoptar matices diferentes de los originarios. Ante ello, Nieto se plantea dejar a un lado los principios penales y crear otros propios administrativos⁷⁹. Sin embargo, no comprendo la necesidad de crear otro cuerpo de doctrina administrativa sancionadora cuando una evolución de la misma nos llevaría al mismo resultado que la penal, dado que el *ius puniendi* del Estado comprende no sólo la penal, también la sancionadora. Además, la potestad punitiva del Estado aglutina detrás un repertorio garantista suficientemente robusto para proteger al ciudadano, en su dimensión humana y en su dimensión funcional de la, a veces, ingerencia nociva de los poderes públicos cuando éstos no respetan los límites normativos y constitucionales impuestos.

⁷⁸ (JT 1997,414).

⁷⁹ Alejandro Nieto, Derecho administrativo sancionador, cit., pp. 376 y ss.

La CSP recoge el principio de culpabilidad en diversos dictámenes en materia de derecho disciplinario, entre algunos, baste referenciar el Dictamen en atención de consulta de 9 de diciembre de 1997:

«[...] No obstante, podría valorarse la oportunidad de proceder a la remoción del funcionario de su puesto de trabajo de Secretario Interventor de esa Corporación por rendimiento insuficiente, con arreglo a lo dispuesto con carácter básico por el artículo 20.1.e) de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, según el cual «los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas derivadas de...una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto». La remoción, continúa el mismo precepto, «se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la Junta de Personal correspondiente». A diferencia de la vía disciplinaria, caracterizada por una imputación de culpabilidad al funcionario expedientado, la figura de la remoción no tiene una naturaleza sancionadora, sino que reviste un matiz objetivo[...].»

3.5. Principio de presunción de inocencia, art. 94.2º.d) Ley 7/2007, EBEP

El artículo 24.2º CE recoge el principio de la presunción de inocencia que será interpretado conforme al art. 10.2º CE en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales de 1950, ratificado por España en 1979 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976.

Recursos interpretativos necesarios puesto que ha sido extraño a la legislación nacional española⁸⁰. Con anterioridad se encontraba en la Ley de Enjuiciamiento Criminal pero lo realmente novedoso es su ubicación en el texto constitucional como derecho fundamental —a diferencia del resto de constituciones de la UE— y las consecuencias que dicha ubicación posee, véase, v.gr., los arts. 53.1º y 161.1º CE.

⁸⁰ Juanes Peces, A., El principio de presunción de inocencia en la doctrina del tribunal constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción, en «Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas», Revista del Poder Judicial, 1989, 6, s.p. [pero 143-51].

De un cuerpo consolidado de doctrina de los tribunales, entre otras: SSTs de 9 de marzo de 1988, 8 de marzo del mismo año, 10 de marzo, 28 de abril de 1988, 21 de diciembre de 1983, 21 de diciembre de 1985, 5 de abril de 1988 y SSTC de 23 de febrero de 1988, 1 de diciembre de 1988 cabe enumerar como presupuestos básicos para destruir la presunción de inocencia:

- Un mínimo de actividad probatoria.
- Que dicha actividad probatoria haya sido obtenida regularmente.
- Que sea de cargo.

Este principio implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales así como la denegación inmotivada de medios de prueba, SSTC 13 de enero de 1998⁸¹, de 25 de enero de 1999⁸², de 22 de febrero de 1999⁸³, 16 de noviembre de 2000⁸⁴, 20 de mayo de 2002⁸⁵.

La presunción de inocencia se articula como una presunción del tipo *iuris tantum* y como un derecho subjetivo derivado del carácter fundamental del art. 24 CE⁸⁶. No incide, como señala la STSJ de Madrid 20 de junio de 2001⁸⁷, sobre la definición de las responsabilidades del expedientado, sino que impone la necesidad de que esa responsabilidad quede probada a través del procedimiento establecido, de carácter contradictorio y abierto al juego de la prueba.

⁸¹ RTC 1998,7].

⁸² [RTC 1999,3].

⁸³ [RTC 1999,14].

⁸⁴ RTC 2000,276].

⁸⁵ [RTC 2002,117].

⁸⁶ Las presunciones legales no son reglas especiales sobre la carga de la prueba, tampoco normas particulares sobre los efectos sino alteraciones excepcionales del objeto probatorio por exención de la prueba de los datos que lo integran. Por ello en las presunciones *iuris tantum* no existe exención de la prueba, sino norma especial sobre la carga de la misma- Jaime Guasp, Derecho Procesal Civil, t. I, (actualizada por Aragonés Alonso), Civitas, Madrid, 1998, p. 308 y Gómez Orbaneja, Derecho procesal Civil, 8ª Edic., (con Herce Quemada), Artes gráficas y ediciones, Madrid, 1976, p. 284.

Con anterioridad a la LEC de 2000 las presunciones quedaban reguladas en los arts. 1249 a 1253 del CC. La LEC únicamente las regulan en sus arts. 385 a 386. Este último artículo establece que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Se aduce lo erróneo de este método probatorio pues lo que en realidad ocurre es que se altera el tema a probar surgiendo la contraprueba - Montero Aroca, El nuevo proceso civil (Ley 1/2000) (con Gómez Colomer, Montón redondo y Barona Vilar, S.), 1ª Edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Quien se oponga a la presunción puede pretender probar bien la inexistencia del hecho presunto, bien la falta de enlace entre el indicio y el hecho presumido.

⁸⁷ (RJCA 2001,1344).

Es de aplicación al procedimiento sancionador y por ello, al disciplinario, como declara la STS 15 de octubre de 1988⁸⁸, FD tercero.

En el procedimiento sancionador opera como principio general de distribución de la prueba, pero no se trataría del *onus probandi* importado del proceso penal, sino del establecido en el art. 1214 CC basado en el principio de igualdad de armas, STC 12 de julio de 2004⁸⁹. De este modo la STC 24 de septiembre de 1986⁹⁰ explica que la presunción de inocencia genera que toda condena debe ir precedida siempre de una actividad probatoria impidiendo la condena sin pruebas y que la carga de dicha actividad pesa sobre los acusadores.

Pero aún más, de conformidad a la STS 7 de julio de 1989⁹¹, **pesa sobre la Administración instructora probar todos y cada uno de los elementos correspondientes de la infracción disciplinaria, la concreta participación y los hechos en que se funda cualquier agravación de su responsabilidad.** Por ello, toda constatación inculpativa en el pliego de cargos debe desarrollarse paralelamente a lo probado por la Administración.

La presunción de inocencia impide a la Administración sancionar sin pruebas. Recae sobre ella el peso procedimental de probar los hechos que imputa al presunto culpable. Ello obliga a realizar una prueba de cargo capaz de destruir dicha presunción, no gozando de ninguna facultad discrecional en la evaluación y valoración de las mismas. Por ello lesiona **esta presunción la sanción impuesta al funcionario sin una mínima actividad probatoria de cargo. Vid. STS 26 de diciembre de 1988⁹², FD tercero.**

La presunción de legalidad de los actos administrativos **no justifica un desplazamiento de la carga de la prueba, sino únicamente un desplazamiento de la carga de accionar o de impugnar** para destruir tal presunción, con lo que se opera en diferentes niveles, en el sancionador, concretamente y por incidencia del art. 24.2º CE, la carga de la prueba pertenece a la Administración instructora, STS 27 de junio de 1988⁹³, FD tercero.

Por ello, la valoración realizada por la Administración Pública cabe ser desvirtuada ante los órganos jurisdiccionales como apunta la STC 20 de diciembre de 1990⁹⁴, FD quinto.

⁸⁸ (RJ 1988,7983).

⁸⁹ (RTC 2004,111).

⁹⁰ (RTC 1986,109).

⁹¹ (RJ 1989,6126).

⁹² (RJ 1988,10299).

⁹³ (RJ 1988,4768).

⁹⁴ (RTC 1990,212).

Y ello sin perjuicio de que el expediente disciplinario tramitado pueda ser empleado como prueba en proceso judicial como apunta la STC 26 de abril de 1990⁹⁵, FD octavo.

En cuanto a la **prueba indiciaria**, el TC la estima adecuada para desvirtuar la presunción de inocencia siempre bajo ciertos condicionantes. Recientemente, la STC 20 de junio de 2005⁹⁶, en su FD cuarto razona la aplicación de la prueba indiciaria siempre bajo severos controles de observancia:

- Es necesario acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado.
- El razonamiento debe ser coherente, lógico y racional, encontrarse asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.

Sin embargo, la STS 13 de febrero de 1995⁹⁷, rechaza la aplicación de la prueba indiciaria en el procedimiento sancionador por exigencias impuestas por los principios de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad, con la consecuencia inevitable de ser exigible una prueba acabada de culpabilidad, lo que excluye la prueba por indicios o meras valoraciones en conciencia.

4. ANÁLISIS DE LAS FALTAS MUY GRAVES

La Ley 7/2007, EBEP, modifica el número y la calidad de las infracciones muy graves cometidas por los funcionarios. El art. 95.2º enumera como faltas muy graves las siguientes:

- El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública.
- Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.

⁹⁵ (RTC 1990, 76).

⁹⁶ (RTC 2005, 172).

⁹⁷ (RJ 1995, 2670).

- El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.
- La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.
- La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.
- La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido.
- El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas.
- La violación de la imparcialidad, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.
- La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico.
- La prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro.
- La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.
- La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.
- El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.
- El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades cuando ello dé lugar a una situación de incompatibilidad.
- La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.
- El acoso laboral.
- También serán faltas muy graves las que queden tipificadas como tales en Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral.

El art. 31 LMRFP de 1984, tipifica como infracciones muy graves las siguientes:

«1. Se considerarán como faltas muy graves:

- El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución (RCL 1978, 2836) en el ejercicio de la función pública.

- Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, sexo, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual.
- El abandono de servicio.
- La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos.
- La publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por ley o clasificados como tales.
- La notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas.
- La violación de la neutralidad o independencia políticas, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales de cualquier naturaleza y ámbito.
- El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.
- La obstaculización al ejercicio de las libertades públicas y derechos sindicales.
- La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.
- La participación en huelgas, a los que la tengan expresamente prohibida por la Ley.
- El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga.
- Los actos limitativos de la libre expresión de pensamiento, ideas y opiniones.
- Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año.
- El quebrantamiento por parte del personal que preste servicios en los Registros de Actividades y Bienes y Derechos Patrimoniales del deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo, establecido en la Ley de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (RCL 1995, 1425)».

De ambos preceptos se deduce que la Ley 7/2007, EBEP, es mucho más amplia en ilícitos calificados como muy graves, con consecuencias que pueden llegar hasta la separación del servicio.

Las diferencias entre ambos textos son los siguientes:

- El art. 95.2º.a) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º a) LMRFP de 1984.
- El art. 95.2º.b) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.b) LMRFP de 1984 aunque se incluyen el **acoso moral** y el **acoso por razón de sexo** que es diferente del **acoso sexual**, también castigado.
- El art. 95.2º.c) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.c) LMRFP de 1984.
- El art. 95.2º.d) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.d) LMRFP de 1984.
- El art. 95.2º.e) Ley 7/2007, EBEP, es nuevo y refiere a la *publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tenga o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función.*

Realmente es un tipo abierto en tanto que **cualquier documento administrativo** cabe ser subsumido en este tipo lo que genera una clara indefensión. No se trata de documentos cualificados, sino de cualquier documento al que tenga acceso por razón del cargo. Y por razón del cargo, tanto puede ser una simple Orden de servicio o Instrucción como un proyecto de Reglamento e incluso comunicaciones sindicales en cuanto se obtenga de la intranet del organismo.

El precepto en sí responde a la más rancia esencia de la burocracia en donde el oscurantismo era una de sus notas características, pero en cambio, choca abiertamente con la transparencia administrativa, exigida hoy como manifestación de la ética organizacional. Recogida, además, en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, EBEP, y en la Orden APU/516/2005, de 3 marzo 2005, que *Dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado.*

Dudo de la constitucionalidad de este precepto, difuso y excesivamente castigado, máxime cuando no se cualifica la tenencia con daño o perjuicio para la Administración o para los ciudadanos.

- El art. 7.1º.j) RGDFP de 1986, castiga como falta grave: *No guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en provecho propio.* Confrontándolo con el art. 95.1º.e) Ley 7/2007, EBEP, se deriva una dos consecuencias, la derogación expresa del mismo precepto por incidencia de la Disp. Final .4º en tanto resulta contradictorio con la Ley 7/2007, EBEP y

en segundo lugar una agravación punitiva difícilmente justificable pues la defectuosa tipificación por falta de exhaustividad en su descripción abre nuevas.

- El art. 95.2º.f) Ley 7/2007, EBEP es similar al art. 31.1º.e) LMRFP de 1984.
- El art. 95.2º.g) Ley 7/2007, EBEP, notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o a funciones encomendadas supone una agravación del art. 31.1º.f) LMRFP de 1984, notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas. Agravación, puesto que el tipo se aplica a aquellas conductas que no impliquen inhibición.
- El art. 95.2º.h) Ley 7/2007, EBEP es similar al art. 31.1º.g) LMRFP de 1984 .
- El art. 95.2º.i) Ley 7/2007, EBEP, desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico. Es una agravación de la conducta que anteriormente estaba prevista en el art. 7.1º a) RRD de 1986, como falta grave.

Este tipo, implica un plus de garantía para el cumplimiento de las órdenes dadas por el superior e inversamente, resta capacidad de razonamiento al empleado público para verificar que la orden recibida se adecua al ordenamiento.

La razón de esta agravación es asistemática con la Ley 7/2007, EBEP, basada, dice su Exposición de Motivos, en potenciar al elemento humano de la organización. La potestad de mando que se defiende en este artículo da al traste con gestiones horizontales potenciando la verticalidad en las relaciones con los empleados públicos. Es decir, más se acerca a viejas normas castrenses que a modernas estrategias gerenciales, pero ello guarda una íntima conexión con el intervencionismo o en palabras de Mises, la estatolatría, que tiende a limitar los derechos de la persona a favor del Estado⁹⁸. Hayek añade una nota más: la implantación de un orden jerárquico arbitrario impulsor de un nuevo despotismo⁹⁹.

- El art. 95.2º.j) Ley 7/2007, EBEP define lo que constituye el abuso de autoridad, anteriormente consignado en el art. 7.1º.b)

⁹⁸ Von Mises, L., *Gobierno Omnipotente (en nombre del Estado)*, Unión Editorial, Madrid, 2002 y Von Mises, L., *Burocracia*, Unión Editorial, Madrid, 1974.

⁹⁹ Hayek, Friedrich A., *Los fundamentos de la libertad*, 4ª Edic., Unión editorial, Madrid, 1982, pp. 347-8.

RGDFP de 1986 como falta grave. Esa agravación de la punibilidad estimo que es la contrapartida al incremento de la misma en la obediencia del empleado público. Ambas posiciones son rechazables en una Administración pública moderna que debe actuar con sometimiento a la norma jurídica en cumplimiento de los artículos 9.1º y 103.1º CE.

- El art. 95.2º.k) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.i) LMRFP de 1984.
- El art. 95.1º.l) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.i) LMRFP de 1984.
- El art. 95.1º.m) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.l) LMRFP de 1984.
- El art. 95.1º.n) Ley 7/2007, EBEP, es similar al art. 31.1º.h) LMRFP de 1984.
- El art. 95.1º.ñ), Ley 7/2007, EBEP, *La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas*, es nuevo en su totalidad.
- El art. 95.1º.o) Ley 7/2007, EBEP, Acoso laboral.

Tanto el acoso moral como el laboral no presentan distinción alguna pero la Ley 7/2007, EBEP, los regula separadamente. En todo caso es sobresaliente la introducción como falta muy grave el acoso moral en parangón con la preocupación que para la UE y la OIT demuestra esta pandemia que se encuentra en plena efervescencia y que causa no ya daños psiquiátricos y daños morales. Afecta a la misma dignidad de la persona. Hecho que es incompatible en una organización de servicios públicos sometida a la CE. Y afecta, de modo muy directo a la propia eficiencia administrativa en su actividad prestadora de servicios lo que el acoso moral y eficiencia son términos contradictorios.

- El art. 95.1º.p) es una cláusula abierta para aumentar el número de faltas muy graves.

Al amparo de las *Instrucciones para la aplicación del Estatuto básico del empleado público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos autónomos, Resolución de la Secretaria General para la Administración Pública de 5 de junio de 2007*, § 13, se añaden a los ilícitos enumerados en el art. 31 LMRFP de 1984, los siguientes:

- El acoso moral, sexual y por razón de sexo, art. 95.1º.b) Ley 7/2007, EBEP.

- El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas, art. 95.1º.c) Ley 7/2007, EBEP.
- La publicación o utilización indebida de la documentación o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función, art. 95.1º.e) Ley 7/2007, EBEP.
- El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas, art. 95.1º.g) Ley 7/2007, EBEP.
- La desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico, art. 95.1º.i) Ley 7/2007, EBEP.
- La incomparecencia injustificada en las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, art. 95.1º.n) Ley 7/2007, EBEP.
- El acoso moral, art. 95.1º.o) Ley 7/2007, EBEP.

5. SANCIONES Y PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS Y SANCIONES

5.1. Sanciones

En cuanto a las sanciones el art. 14 RRD de 1986 prevé para las infracciones muy graves y graves las siguientes:

- Separación del servicio.
- Suspensión de funciones.
- Traslado con cambio de residencia.

Como **sanciones nuevas**, el art. 96.1º Ley 7/2007, EBEP, reconoce:

- **Traslado forzoso, sin cambio de localidad de residencia**, art. 96.1º.d) Ley 7/2007, EBEP.
- **Demérito** que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria, art. 96.1º.e) Ley 7/2007, EBEP.

El art. 16 RRD de 1986, limita la **suspensión de funciones** impuesta por falta muy grave a los 6 años como máximo y a los 3 años como mínimo. Sin embargo, el art. 96.1º.c) Ley 7/2007, EBEP aunque mantiene el máximo de 6 años para las faltas muy graves no prevé límite mínimo, con lo cual la regla del mínimo de 3 años debe entenderse abolida por la Disp. Final .4ª.3º Ley 7/2007, EBEP.

5.2. Prescripción de las faltas y sanciones

El art. 20.1º RRDFP de 1986 establece que las faltas muy graves prescribirán a los 6 años; las faltas graves a los 2 años y las leves en 1 mes. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se cometiera. En concordancia con lo establecido en el art. 87.2º LF de 1964: *Las faltas leves prescribirán al mes; las graves, a los 2 años, y las muy graves, a los 6 años.*

La Ley 7/2007, EBEP, art. 97, modifica el plazo de prescripción de las infracciones acortando las faltas muy graves a los 3 años, manteniendo la prescripción de las faltas graves a los 2 años y aumentando las leves a 6 meses.

Las sanciones prescribirán las muy graves a los 3 años, las graves a los 2 años y las leves al año.

Más racional en cuanto a la prescripción de las sanciones muy graves y más oneroso en cuanto a las leves, que son comportamientos nimios que en modo alguno han debido ser objeto de una ampliación que genere incertidumbre. Se intenta proteger el *animus puniendi* de la Administración Pública, o mejor, la falta de diligencia de la misma a la hora de optar o no por la iniciación de actuaciones disciplinarias. O una vez impuestas, la dilación en la ejecución de las mismas, desconociendo el quebrantamiento psicológico, daño moral, que provoca la **tardanza en la ejecución** que ya de por sí se convierte en un **plus de punibilidad**.

Empezará a contarse el plazo de prescripción desde la comisión de la falta o cuando finalice la actuación ilícita en el supuesto de falta continuada.

5.3. Falta continuada

El instituto de la falta continuada no estaba contemplado en la legislación anterior. Solo pervive en el ámbito del CP y ello con muchas críticas de la dogmática y jurisprudencia.

Sin embargo aplica la doctrina de *falta continuada* sin saber muy bien su significación, pero tampoco sin explicar el modo en que se imbrica en el Derecho Disciplinario funcional y lo que es más grave, sin justificar el por qué es continuada y no una simple infracción.

No comparto la aplicación de la infracción continuada por las mismas razones que los penalistas, por la infracción del art. 25.1º CE como son:

- Deficiente tipicidad en la descripción de la infracción,
- Deficiente taxatividad.
- Deficiente certeza.

Pero si optamos que la aplicación es correcta la del *delito continuado*, cabe definirlo, sobre el concepto del CP de 1983 y el CP de 1995 —de significado análogo— según la STS 19 de octubre de 1992¹⁰⁰, FD tercero:

«[...] Que se trate de la «**ejecución de un plan preconcebido**», conocido como **unidad de designio, dolo o propósito y, también, como dolo global**, que implica la existencia de una **maquinación urdida que abarca la realización posterior de varios hechos reprobados penalmente —graves o delitos y veniales o faltas—, o, alternativamente, del aprovechamiento de «idéntica ocasión»** (más bien análogas, pero distintas) y de la realización de «varias acciones u omisiones» (el precepto dice «pluralidad» y emplea la conjunción copulativa «y») **que ofenda a uno o varios sujetos e infrinjan «el mismo o semejantes preceptos penales»**, de tal manera que puede existir la continuidad delictiva incluso cuando la norma penal conculcada en cada uno de los distintos hechos sea diferente, siempre que valorando sus diversos elementos típicos, bien jurídico protegido, deber incumplido y otras circunstancias relevantes, «en una apreciación global de todo ello», pueda concluirse que «tienen entre sí tal relación de parecido que puedan reputarse semejantes» los distintos preceptos penales violados [cfr. S. 24-10-1991 (RJ 1991\7372)]» .

Normativamente tuvo su plasmación en el art. 69 bis del CP de 1983 y en el vigente art. 74.1° CP de 1995, entendiendo por tal:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

Es significativa la siguiente jurisprudencia aclarando el significado:

La STS 29 de julio de 2002, Ponente Martín Tallin, **resalta un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido**.

¹⁰⁰ (RJ 1992,8343)

La STS 23 de abril de 2004: **Lo determinante de la posibilidad de aumentar la pena prevista para el delito continuado es la repetición de acciones conectadas por un dolo de continuidad**.

Existen pocas sentencias que en el ámbito disciplinario recojan la teoría de la falta continuada. No solamente porque no estaba prevista en el RRD de 1986, es que, además, no cabe la aplicación analógica conforme al art. 4.2 CC que dice: «**Las leyes penales, las excepcionales y de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas**».

Además que la aplicación de la doctrina del delito continuado que permitiría una **agravación en la punibilidad** viola el Principio General del Derecho *Favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda*.

Sostengo que imbricar la falta continuada en el procedimiento disciplinario únicamente consume un fraude de ley, prohibido por el art. 6.4° CC que dice:

«Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

La norma que se trata de eludir no es otra que el art. 20.1° RRD-FAE de 1986 que establece que el *dies a quo* de la infracción comenzara desde el momento en que se hubiese cometido la infracción.

La institución introducida, en suma, sin mayor precisión técnica, debemos reconocer, que lo único que intenta es que por falta de diligencia de la propia de Administración se eluda el transcurso de los plazos de prescripción que transcurren en contra de la misma.

6. LA EFICACIA DE LOS HECHOS PROBADOS DE SENTENCIAS FIRMES

El art. 94.3° *in fine* Ley 7/2007, EBEP, declara:

«[...] Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración».

Realmente es manifestación del sometimiento de la Administración Pública a los tribunales del art. 103.1° CE y art. 106.1° CE. Pero la cuestión puede ser de dudosa eficacia debido a cuestiones de técnica-procesal, en cuanto sólo en las sentencias penales se exigen hechos probados no así en los procesos contencioso-administrativos.

La omisión de hechos probados en la sentencia provoca una transgresión de los arts. 24.1º y 120.3º CE; art. 209.2º LEC en relación con su art. 4 y Disp. Final Primera LJCA de 1998 y art. 248.3º LOPJ, lo que provoca nulidad de actuaciones por infracción del art. 238.3º LOPJ en cuanto a una deficiencia relevante de la motivación jurídica de la sentencia.

La acepción «**en su caso**», en la exigencia de los hechos probados, contemplada en los arts. 248.3º LOPJ y 209.2ª LEC, produciría que únicamente fueran exigidos en las sentencias penales y sociales, pero no, en cambio, en las civiles y contenciosas administrativas, ya que no hay una norma que así lo establezca. Sin embargo, esto es una interpretación formal que no material del precepto, como es constatado por la doctrina más autorizada¹⁰¹.

Por ello, la inexistencia de hechos probados rompería el silogismo lógico de la sentencia —en la construcción dada por Calamandreí— aceptada en nuestro ámbito jurídico cultural, expuesto en los arts. 209 LEC y 248.3º LOPJ necesario para verificar la sujeción del órgano jurisdiccional al ordenamiento jurídico y evitar la arbitrariedad.

En este sentido, STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, 30 de noviembre de 2005, núm. recurso 6040/2002, Ponente: Yagüe Gil.

«[...] La motivación de las sentencias, en tanto que elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE y expresión de la auctoritas que debe presidir la labor de los órganos judiciales en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), consiste en una exteriorización del razonamiento que conduce **desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo**, en los términos adecuados a la naturaleza y circunstancias concurrentes (TC S 123/1997, de 1 de julio, FJ 3)[...].»

Añadiendo además:

«[...] La motivación de las sentencias, en tanto que elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE y expresión de la auctoritas que debe presidir la labor de los órganos judiciales en el ejercicio de su función constitucional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3

¹⁰¹ Montero Aroca, J., El nuevo proceso civil (Ley 1/2000), con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 424 y Álvarez-Cienfuegos Suárez y González Rivas, Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 190

CE), consiste en una exteriorización del razonamiento que conduce desde los hechos probados y las correspondientes consideraciones jurídicas al fallo, en los términos adecuados a la naturaleza y circunstancias concurrentes (TC S 123/1997, de 1 de julio, FJ 3).

La existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores y de, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (TC SS 209/1993, de 28 de junio, FJ 1; o 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3) y, por otro lado, y trascendiendo desde la esfera individual a la colectiva, la exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrs. 1 y 3) (TC SS 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3; y 119/2003, de 16 de junio, FJ 3)[...].»

Véase *item mas* STC, Sala 2ª, 28 de septiembre de 1998¹⁰², FD segundo:

«[...] El derecho fundamental a una motivación de la resolución judicial no sólo requiere que se dé una respuesta expresa a las pretensiones de las partes, sino que, según una Jurisprudencia constante que este Tribunal ha venido reiterando y perfilando desde sus propios inicios (STC 154/1995 [RTC 1995\154], fundamento jurídico 3.º), dicha respuesta ha de estar suficientemente motivada. Se trata de una exigencia, implícita en el propio art. 24.1 CE, que se hace patente en una interpretación sistemática de este precepto constitucional en relación con el art. 120.3 CE (SSTC 14/1991 [RTC 1991\14], 28/1994 [RTC 1994\28], 145/1995 [RTC 1995\145], 32/1996 [RTC 1996\32], 46/1996 [RTC 1996\46], 66/1996 [RTC 1996\66] y 115/1996 [RTC 1996\115]), pues en el Estado de Derecho hay que dar razón del Derecho judicialmente interpretado y aplicado (STC 24/1990 [RTC 1990\24], fundamento jurídico 4.º)[...].»

¹⁰² (RTC 1998,184).

Por ello la motivación debe estar fundada en Derecho como señala la STC 4 de agosto de 1999¹⁰³, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, como apuntan las SSTC 11 de julio de 1983¹⁰⁴ y 21 de enero de 1986¹⁰⁵. Ello genera la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia, vid. SSTC 4 de abril de 1999¹⁰⁶, 4 de agosto de 1999¹⁰⁷ y 31 de octubre 2001¹⁰⁸.

Gratia argumentadi, las reflexiones de García Sánchez y Sanz Llorente¹⁰⁹:

«[...] En las sentencias civiles y contencioso- administrativas, la ley, como ya antes se apuntó, no exige que en la primera parte del cuerpo se relaten formalmente los hechos probados, pero como el juez tiene que partir de determinados hechos para aplicarles las normas jurídicas resulta preciso que en la motivación explicité cuáles son los hechos que él considera probados (aun sin sujeción a formalismo alguno al hacerlo), y explique de qué medios adverbios los ha obtenido. Esta obtención le habrá sido posible observando las escasas normas que —sobre prueba legal o tasada— suministran el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. En lo demás, deberá valorar las pruebas conforme a las máximas de experiencia y a las reglas de la sana crítica. Pero en ambos casos deberá razonar la valoración, ya que la alusión a los hechos probados la está haciendo en la parte de la sentencia dedicada a su fundamentación [...]».

En las más impactantes del **Magistrado de la Sala 3ª, Excmo. Sr. Peces Morate**, en su trabajo, «La sentencia», en Cuadernos de Derecho Judicial 2000, número 7, cuando asienta:

¹⁰³ (RTC 1999,147).

¹⁰⁴ (RTC 1983,61).

¹⁰⁵ (RTC 1986,5).

¹⁰⁶ (RTC 1999,147).

¹⁰⁷ (RTC 1999,147).

¹⁰⁸ (RTC 2001,221).

¹⁰⁹ García Sánchez, J.F. y Sanz Llorente, F., Génesis y formación de la sentencia. su forma y estructura interna, Revista del Poder Judicial, 1993, 32.

«El poder de convicción de una sentencia, al que cualquier juez recto y responsable aspira, es proporcional al rigor con que examine y concrete los hechos y el derecho aplicable así como a la claridad con la que sea capaz de exponer aquéllos y explicar su conexión con el ordenamiento jurídico[...]».

Analizando la incidencia de la LEC en la dimensión estructural de la Sentencia:

«[...] Los contenidos que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil impone en la forma de redacción de la sentencia, cuyos preceptos al respecto parecen, en ocasiones, dirigidos a jueces no iniciados e inexpertos, responden a **la necesidad de unificar la práctica en el dictado de sentencias, evitando la endémica carencia de valoración de la prueba, el defecto de hechos probados y la ineficacia de sus pronunciamientos**».

La falta de hechos probados en la sentencia impide a la parte verificar la indefensión o no que su constatación podría ocasionar, lo que no impide alegar que la indefensión se produce de todos modos cuando la sentencia no determina tales hechos y cuando **la prueba ha sido parte esencial, numerosa y significativa, con polémicas consecuencias jurídicas**.

En suma, ante la aplicación supletoria de la LEC y en concreto de los arts. 209, 217, 218 y 219 será necesario la constatación de los hechos probados, y ésta será precisa cuando sea esencial valorarla y declarar las conclusiones fácticas a que conducen, lo que sucederá siempre que no haya expresa aceptación de hechos, salvo que el pleito verse sobre una cuestión jurídica meramente, según se deduce claramente de lo dispuesto por el artículo 218.2 de la primera, al regular los requisitos internos de la sentencia, en el que se exige terminantemente que las sentencias expresen los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, incidiendo la motivación en los distintos elementos de hecho y de derecho del pleito considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón¹¹⁰.

En sintonía con esta doctrina, este mismo magistrado, en la **STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, 5 de octubre de 2005**¹¹¹, Recurso de Casación núm. 5062/2002. FD segundo, exige que consten en la sentencia los hechos probados salvo cuando la cues-

¹¹⁰ Pérez Morate, La Sentencia, en «Influencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el orden contencioso-administrativo y en el orden social», Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2000, 7, p. 165 y ss.

¹¹¹ (RJ 2005,8460).

tión a ventilar sea jurídica o los hechos sean admitidos por las partes:

«Si bien es cierto que un acabado relato de hechos probados en las sentencias pronunciadas en sede jurisdiccional contencioso-administrativa facilita la tarea del enjuiciamiento y permite su mejor control a través de los recursos, no obstante tal declaración fáctica no se presenta como un elemento de juicio imprescindible cuando las cuestiones planteadas por las partes tienen un exclusivo significado jurídico al no cuestionarse los hechos determinantes de la acción ejercitada».

Y definitivamente, por aplicación del art. 218.1º *in fine* LEC, habrá que convenir que será necesario la constatación de los hechos probados en la sentencia:

«El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

LA ORGANIZACIÓN Y ADMINISTRACIÓN INTERNA DE LA CÁMARA DE CUENTAS

POR
ESTEBAN GRECIET GARCÍA
LETRADO DE LA ASAMBLEA DE MADRID

Sumario: 1. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA CÁMARA DE CUENTAS. 1.1. Órganos colegiados y unipersonales: funciones. 1.2. Estatuto jurídico de los Consejeros. 1.3. El personal al servicio de la Cámara de Cuentas. 1.4. Régimen jurídico-administrativo de la Cámara. 2. CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES FINALES.

1. COMPOSICIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LA CÁMARA DE CUENTAS

El presente trabajo constituye la culminación de los publicados en los últimos números de la Revista parlamentaria *Asamblea*, que tenían como objeto de análisis el estudio de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid dentro del contexto del Estado de las Autonomías¹ y de los problemas encontrados en el régimen jurídico del órgano autonómico de fiscalización externa².

En ellos hemos introducido esta serie de estudios y a los mismos nos remitiremos para cuanto incumbe a dichos temas y a los respectivos Títulos de la Ley reguladora de la Cámara de Cuentas, de manera que nos centraremos en el tratamiento de su organización, funcionamiento y régimen administrativo, que examinaremos así de manera separada. Con ello damos por terminada la serie de artículos sobre esta institución, iniciada con el comentario al art. 44 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid³ (en lo sucesivo, E.A.C.M.), publicado en el correspondiente número monográfico de la citada publicación⁴; huelga recalcar que todos ellos han de ser ob-

¹ GRECIET GARCÍA, «La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid en el Estado autonómico», en *Asamblea*. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, 18, junio 2008, págs. 157-182.

² GRECIET GARCÍA, «Examinando a la Cámara de Cuentas: problemas de su regulación», en *Asamblea*. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, 19, diciembre 2008, págs. 165-212.

³ Aprobado por L.O. 3/1983, de 25 de febrero.

⁴ GRECIET GARCÍA, «Artículo 44. La Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid», en *Asamblea*. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Especial Monográfi-

jeto de una lectura conjunta y sistemática para conseguir una fisonomía más o menos completa de la Cámara.

Nos ocuparemos aquí, pues, de la organización de la Cámara en su más amplio sentido, tal como es abordada por el Título IV de la **Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid** (en adelante, L.C.C.C.M.), lo que engloba no sólo su *composición*, esto es, quiénes conforman la institución fiscalizadora y cuál es el estatuto jurídico de sus miembros, sino también sus *órganos* en el sentido clásico que tiene la teoría del órgano en Derecho público⁵, artificio mediante el cual tiene lugar la formación y la manifestación de la voluntad de los entes dotados de personalidad jurídica.

Entre tales órganos, quedan comprendidos tanto aquéllos que están llamados a ejercer las funciones que hemos desgranado en los artículos anteriores, a través de los procedimientos en ellos descritos —la principal o fiscalizadora, la accesoria o consultiva y la eventual o de jurisdicción delegada— como los que se hallan al servicio de los primeros, y que conformarían una suerte de *Administración propia* de la institución. Así las cosas, sin perjuicio de que nos remitamos a nuestro comentario del art. 44 del E.A.C.M. en lo que resulte pertinente, este estudio deberá ceñirse al modo en que la organización de la Cámara de Cuentas se sitúa al servicio del principio de independencia funcional (art. 1.2 de la L.C.C.C.M.) que rige su actuación, sin perder por ello de vista la dependencia parlamentaria que le es propia como órgano auxiliar de la Asamblea de Madrid; a estos efectos y siguiendo el método empleado en los estudios precedentes, haremos algunas comparaciones puntuales con la legislación del Tribunal de Cuentas, así como con normas estatales básicas que son objeto de aplicación directa o modulada, trasunto de la ordenación normativa característica de un Estado compuesto como el nuestro.

En el plano interno, el defecto más relevante del ámbito sustantivo de la Ley que aquí nos ocupa nace de la previsión contenida en el art. 3.1 de la L.C.C.C.M., íntimamente conectado con este Título IV: «La Cámara de Cuentas se organizará de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley y en su propio Reglamento de Organización y Funcionamiento», norma de desarrollo y ejecución de la Ley, añadiendo el ap. 2 del mismo precepto que la Cámara «tendrá facultades para organizar todos los asuntos relacionados con su régimen interno y su personal, de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funcionamiento». Se

co "Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero", junio 2008, págs. 617-664.

⁵ Sintetizada por SANTAMARÍA PASTOR, «La teoría del órgano en el Derecho Administrativo», R.E.D.A., 40-41, enero-marzo 1984, pp. 43-86.

trata de una muy relevante expresión de la dimensión *ad intra* de la autonomía administrativa de la Cámara, que se traduce en un poder de autoorganización en el funcionamiento de su gobierno y administración interna, en particular en lo referente a su personal, objeto de regulación por el Capítulo II del Título V de la propia L.C.C.C.M.

Pues bien, el Reglamento de Organización y Funcionamiento no ha sido aprobado hasta la fecha, transcurridos casi diez años de vigencia de la Ley y ocho desde la puesta en marcha de la Cámara. A dicho Reglamento se refiere asimismo la D.T. Tercera de la Ley, que ordenaba lo siguiente: «En el término de seis meses, a partir de su constitución, la Cámara de Cuentas elaborará un proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento que presentará a la Asamblea de Madrid para su tramitación y, en su caso, aprobación». El incumplimiento de esta disposición no ha impedido, con todo, que se hayan ido dictando algunas resoluciones de orden interno de la propia institución, especialmente para la delegación de competencias del Presidente en materia administrativa, financiera y contable. Aun así, debe anotarse que la no aprobación del Reglamento de Organización y Funcionamiento contrasta vivamente con la relativa rapidez con que la Cámara comenzó a ejercer sus funciones una vez incorporada su creación a la reforma del E.A.C.M. y desarrollado su régimen jurídico por la Ley 11/1999, de 29 de abril. Este factor hará que hayamos de contar simplemente con la disciplina legal que nos proporciona la L.C.C.C.M., cuando alguno de los aspectos que ésta deja irresueltos o simplemente abiertos podrían ser completados por el, a día de hoy, inexistente Reglamento.

1.1. Órganos colegiados y unipersonales: funciones

El art. 23 de la L.C.C.C.M., que abre el Título IV de la Ley, enumera los órganos que integran la Cámara de Cuentas de una forma que parte de su orden de *supremacía* —de mayor a menor—, esto es: el Consejo, el Presidente, el Vicepresidente, los Consejeros y la Secretaría General. Se prefiere dicha opción en lugar de un orden *cronológico*, que se habría basado en el proceso constitutivo de la Cámara al cumplirse el plazo por el que fueron nombrados sus Consejeros⁶, y

⁶ Nos resistimos a utilizar el término mandato para designar el período de seis años, que es la duración del tiempo por el que los Consejeros son designados (art. 32.2, inc. 1º de la L.C.C.C.M.), pues entendemos que el mismo va anudado al concepto de representación, bien el gestado en el Derecho privado, bien el propio de la esfera política y parlamentaria, sin que pueda predicarse que los miembros de un órgano colegiado que tiene por misión la

que hubiera comenzado por la designación de éstos por la Asamblea de Madrid (regulada al comienzo del Capítulo I del Título V); seguido por el Consejo, con la elección de Presidente y Vicepresidente; y finalizado con la Secretaría General, como organización administrativa interna al servicio de la Cámara⁷. El resto de preceptos del Título IV, hasta el art. 31, se dedican a la regulación particular de cada uno de los órganos.

Así, el art. 24 tiene por objeto determinar la composición del **Consejo**, que se define como «el órgano colegiado de la Cámara de Cuentas. Estará integrado por siete Consejeros, uno de los cuales será el Presidente y otro el Vicepresidente»⁸, (ap. 1), asistiendo a sus sesiones el Secretario General, que actuará con voz pero sin voto (ap. 2).

Las normas de funcionamiento de los aps. 3 y 4 no tienen mayores particularidades: el primero de ellos requiere la asistencia de cuatro Consejeros, debiendo ser uno de ellos el Presidente o, en su defecto, el Vicepresidente, para considerar el Consejo válidamente constituido, y cifra la mayoría para la adopción de acuerdos en la mayoría de los asistentes; el segundo hace corresponder la facultad de convocatoria al Presidente, a iniciativa propia o siempre que lo solicite alguno de los miembros del Consejo. Pueden compararse estas sencillas normas con el régimen general de los órganos colegiados⁹, establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Admi-

fiscalización de las cuentas públicas que le son rendidas, aunque velen por el interés público, representen ni a los ciudadanos ni al órgano que les designa: una vez más, la dependencia formal del Parlamento ha de concebirse de forma que no menoscabe el principio primordial que guía el obrar de la Cámara: la necesaria independencia funcional con que ha de desempeñar sus funciones. Distinto es que la palabra mandato se emplee en sentido lato, como por otra parte resulta inevitable; o que se utilice para designar el período por el que los Consejeros eligen al Presidente de la Cámara, o por el cual esta misma, si se concibe como un órgano conceptualmente separado de quienes lo integran uti singuli, desempeña sus funciones.

⁷ Compárese el art. 23 de la L.C.C.C.M. con el art. 19 de la L.O.T.Cu., en el que se antepone el Presidente al Pleno, no figura el Vicepresidente —aunque sí una Comisión de Gobierno— y la existencia de ciertos órganos viene determinada por la jurisdicción contable que es propia del Tribunal.

⁸ Los Consejeros constituyen el órgano colegiado plenario de la Cámara en número, el de siete, intermedio entre los tres o cinco de otras instituciones fiscalizadoras autonómicas y los doce Consejeros del Tribunal de Cuentas (VERA SANTOS, El Tribunal de Cuentas y los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas, Madrid, C.E.P.C., 2001, p. 77). En Derecho comparado, mientras que los órganos de fiscalización externa del modelo anglosajón suelen basarse en modelos unipersonales, al ser encabezados por un Auditor General o Presidente auxiliado por una estructura bajo su dependencia, en los de la Europa continental predominan los órganos colegiados para la adopción de las decisiones de la institución (JIMÉNEZ RIUS, El control de los fondos públicos. Propuestas de mejora, 1ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pág. 555).

⁹ No se olvide que algunos de sus preceptos y apartados fueron desposeídos de su carácter básico, por ser éste contrario a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por la S.T.C. 50/1999, de 6 de abril.

nistraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para comprobar que no se apartan prácticamente de la legislación común, teniendo presente lo que establece el art. 22.1 de la misma —«El régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en el presente capítulo, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran»—: constitución del órgano (art. 26.1, inc. 1º¹⁰); adopción de acuerdos por mayoría de votos (art. 26.4); y convocatoria y fijación del orden del día por el Presidente (art. 23.1.b)¹¹). Sólo es reseñable la ausencia de Secretario, en cuanto tal, en el Consejo de la Cámara, si bien es cierto que las funciones de que es titular *ex art.* 25.3 de la Ley 30/1992 vienen a coincidir con las del Secretario General —como, por los demás, acontece también con el Presidente y los Consejeros—.

El art. 25 de la L.C.C.C.M. enumera las funciones del Consejo de forma separada del precepto que le precede, como veremos que acaece igualmente con los demás órganos de la Cámara.

Son un total de trece, que en nuestro comentario clasificamos conforme a la siguiente tipología, sin que aquí vayamos a repetir todo su clausulado: las vinculadas a las funciones de la Cámara (letras *d*), *g*) y *h*); una competencia ligada a su composición y funcionamiento, cual es la de elegir entre sus miembros al Presidente y al Vicepresidente y proponer su nombramiento, en la que nos detendremos más adelante (letra *e*)); las funciones de desarrollo normativo, esto es, aprobar el proyecto de Reglamento de Organización y Funcionamiento y los posibles proyectos de reforma del mismo, remitiéndolos a la Asamblea de Madrid para su aprobación, en su caso, por la Mesa de la Asamblea¹² (letra *a*)), y aprobar las disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la función fiscalizadora, de acuerdo con las determinaciones que establezca el Reglamento de Organización y Funcionamiento¹³

¹⁰ «Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes le sustituyan, y la de la mitad al menos, de sus miembros, salvo lo dispuesto en el punto 2 de este artículo»; dispone el ap. 2 lo siguiente: «Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano».

¹¹ «En cada órgano colegiado corresponde al Presidente: ... b) Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación».

¹² Es dudoso que la Mesa pueda introducir modificaciones en el texto del Reglamento que le sea remitido por la Cámara de Cuentas. Sobre este particular ya hicimos alguna consideración en el comentario al art. 44 del E.A.C.M., por lo que al mismo nos remitimos.

¹³ Lo que supone una competencia de desarrollo de la principal función de la Cámara que, en principio, la Ley configura como secundaria o subordinada al Reglamento de Organización y Funcionamiento, por lo que, a falta de aprobación de éste, no puede determinarse a priori cómo sería ejercida aquélla.

(letra *b*)); las de carácter administrativo y económico interno (letras *c*) e *i*)), que son manifestación de la autonomía administrativa y económico-presupuestaria de la Cámara; las de dirección y ordenación del personal (letras *f*), *j*), *k*) y *l*)); y la competencia residual que ostenta al corresponderle las demás funciones que no estén expresamente atribuidas a otros órganos de la Cámara (letra *m*)).

El **Presidente** de la Cámara de Cuentas, según el art. 26.1, «será elegido, por un período de seis años, por mayoría absoluta de los Consejeros. Será nombrado por el Presidente de la Asamblea de Madrid, publicándose [su nombramiento] en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid». El Presidente cesa en el cargo si pierde la condición de Consejero (art. 26.2)¹⁴.

No figura en este precepto un procedimiento de elección tan minucioso como el del Presidente del Tribunal de Cuentas (art. 21 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas; en lo sucesivo, L.F.T.Cu.), por lo que entendemos que el mismo quedaría deferido a las normas de desarrollo de la L.C.C.C.M., ya que la supletoriedad de la L.O. 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (en adelante, L.O.T.Cu.) y de la L.F.T.Cu. se circunscribe al ejercicio de la función fiscalizadora (D.A. Segunda de la L.C.C.C.M.), no extendiéndose a la ordenación de los órganos de la Cámara, como por otra parte parece razonable; distinto es que la regulación del Tribunal de Cuentas sirva de pauta a sus homólogos autonómicos, como puede verificarse sin dificultad. En cualquier caso, cabe constatar que el mandato del Presidente de la Cámara es coincidente con el plazo por el que son designados sus Consejeros, quienes lo eligen en un momento inmediatamente posterior a su nombramiento¹⁵.

Es un tanto diferente lo que sucede en el órgano estatal: los Consejeros del Tribunal de Cuentas son designados por un período de nueve años (art. 30.1 de la L.O.T.Cu.), en tanto que el Presidente es nombrado de entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en Pleno y por un período de tres años (art. 29); una lectura detenida del preciso art. 21 de la L.F.T.Cu. refleja que en cada período de nueve años por el que son elegidos los Consejeros del Tribunal caben, en principio, tres mandatos presidenciales trienales, con una diferencia-

¹⁴ Este régimen prácticamente se reproduce para el Vicepresidente ex art. 28, con la única nota original de su nombramiento por el propio Presidente de la Cámara; el art. 29 regula las funciones de sustitución del Presidente y asunción de las competencias de éste por delegación, que le son propias.

¹⁵ Valga como ejemplo la última renovación de los Consejeros de la Cámara, que fueron elegidos por el Pleno de la Asamblea en su sesión de 14 de diciembre de 2006 (B.O.C.M. n.º 303, del 21), y eligieron al Presidente en sesión del Consejo de 22 de diciembre (B.O.C.M. n.º 306, del 26).

ción formal entre la elección de Presidente nada más iniciarse aquel plazo (aps. 1 a 3) y la que se produce en el curso del mismo o en el supuesto de vacante en el cargo (ap. 4, que reenvía a los anteriores).

En lo que concierne a sus funciones, compete al Presidente ejercer las enunciadas en el art. 27 de la L.C.C.C.M.: representar a la Cámara (letra *a*)); las relativas al funcionamiento y funciones de la misma, de entre las que sobresalen las de decidir con voto de calidad en caso de empate (letra *b*) y asignar a los Consejeros las tareas a desarrollar de acuerdo con el programa de fiscalizaciones que el Consejo apruebe (letra *c*)); y la de algún modo conectada con la representación de la Cámara, correspondiente a las relaciones institucionales de la misma, que se concreta en informar ante la Asamblea de Madrid respecto de los informes remitidos, pudiendo estar el Presidente asistido por el Consejero que haya dirigido las funciones de control y por el personal de la Cámara que estime conveniente (letra *d*)). A esta importante dimensión relacional del órgano fiscalizador con la institución parlamentaria a la que auxilia nos hemos referido ya en un estudio anterior, por lo que esta previsión del art. 27.d) vendría a completar el capital art. 44 de la propia L.C.C.C.M.

Mención aparte merecen sus funciones administrativas y directivas de la Cámara y de su personal, comprendidas en las letras *e*) a *g*) del art. 27: ejercer la superior dirección del personal de la Cámara y la potestad disciplinaria, y acordar los nombramientos de todo el personal al servicio de la Cámara; cuanto concierne al gobierno y administración de la Cámara, en particular, la ordenación de los gastos, de acuerdo con el presupuesto aprobado, y de los correspondientes pagos, autorizar los documentos que formalicen los ingresos y la autorización de las modificaciones presupuestarias; y la contratación necesaria para el funcionamiento de la Cámara.

Por último, el Presidente ejerce las demás facultades que le reconoce la propia L.C.C.C.M. y las que le delegue el Consejo (letra *h*)), de modo que, dada la supremacía de éste, del que emana el órgano presidencial por su elección, ninguna competencia residual es propia del Presidente, debiendo ser las aquí no tasadas de expresa atribución por la propia Ley, o bien delegadas por el propio Consejo. Sí cuenta, en cambio, con la importante arma del voto dirimente, volviendo a coincidir aquí con el régimen jurídico general de los órganos colegiados (art. 23.1.d) de la Ley 30/1992). Podemos afirmar, en síntesis, que las funciones del Presidente de la Cámara de Cuentas están englobadas, por su extensión, en un listado más próximo al del art. 20 de la L.O.T.Cu. —con la salvedad de que éste, en su letra *f*), sí reconoce al Presidente del Tribunal la competencia residual en asuntos administrativos— que al art. 2 de la L.F.T.Cu., el cual es ciertamente más detallado.

Las funciones que corresponde ejercer a los *Consejeros* ex art. 30 de la L.C.C.C.M. vienen derivadas del órgano colegiado del que forman parte: dirigir las actuaciones de fiscalización que les hayan sido asignadas y elevar al Presidente los resultados de las mismas para que, en su caso, sean aprobadas por el Consejo; dirigir, coordinar y aprobar los trabajos de las unidades de fiscalización —en la actualidad, siete¹⁶— que de ellos dependan; y las demás que les fueran encomendadas por el Consejo o por el Presidente.

En este punto estamos ya en condiciones, por tanto, de cerrar el continuo de la distribución interna del trabajo en la Cámara, que atravesaría el siguiente ciclo, de acuerdo con el articulado de la Ley: aprobación del programa de fiscalizaciones por el Consejo —asignación de éstas por el Presidente a los Consejeros— realización de las mismas por cada Consejero y la unidad de fiscalización bajo su dirección y coordinación —aprobación de los trabajos por los Consejeros —elevación de los resultados de las fiscalizaciones por los Consejeros al Presidente— sometimiento de tales resultados al Consejo —aprobación de los informes de fiscalización— incorporación de la actuación fiscalizadora a la Memoria anual de la Cámara y presentación de los informes ante la Asamblea de Madrid, con o sin comparecencia del Presidente ante la Comisión de Presupuestos, Economía y Hacienda.

El art. 31 es el destinado al *Secretario General* de la Cámara, quien, a tenor del ap. 3 del precepto, «*será designado por el Consejo entre funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas de la Cámara de Cuentas, de la Administración de la Comunidad de Madrid, de la Administración General del Estado y del Tribunal de Cuentas, para cuyo ingreso se exija titulación superior. El cese será acordado igualmente por el Consejo, sin que la renovación de éste implique el cese de aquél*». La norma fija un criterio muy abierto en cuanto a los Cuerpos o Escalas de origen a los que el Secretario General puede pertenecer, al establecerse la posible procedencia de la institución fiscalizadora estatal, así como de la propia Cámara, pero también de las Administraciones públicas territoriales respectivas¹⁷ —aunque no se incluye al personal de

¹⁶ Una por cada Consejero y otra por el Vicepresidente, más otra común, denominada «Unidad fiscalizadora de la contratación administrativa y asesoría jurídica»; el organigrama de la Cámara se cierra con el Gabinete técnico de su Presidente, según puede verse en el esquema sito en el siguiente enlace: http://www.camaradecuentasmadrid.org/camaradecuentas/m_organizacion.htm.

¹⁷ Para la titulación exigible, debemos remitirnos a lo que establecen los arts. 75 y 76 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, E.B.E.P.), en virtud de los cuales se trataría del Grupo A, dividido en dos Subgrupos A1 y A2, para el acceso a cuyos Cuerpos y Escalas «se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado».

las Cortes Generales ni al de la Asamblea de Madrid—, lo que se explica por la necesidad de proveer la Secretaría General en el momento inicial de la Cámara, escasa entonces en personal propio.

Nuevamente percibimos aquí un ejemplo de la inserción de la institución fiscalizadora madrileña en la lógica de un Estado compuesto como el autonómico, lo que será nota común en la regulación del personal al servicio de la misma, que estudiaremos *infra*: el constante recurso no ya a la normativa propia de la función pública autonómica, sino también a la legislación básica del Estado, desarrollada y completada por la primera, como sucede con el juego normal del esquema bases-desarrollo, en este caso a partir de los arts. 103.1 y 149.1.18^a de la Constitución Española; si bien con los condicionamientos con que cuenta la eficacia y aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del E.B.E.P., al igual que su entrada en vigor, esencialmente como consecuencia de su art. 6, así como de sus Disposiciones Finales¹⁸.

Por otra parte, el inc. 2º de este ap. 3, al desligar el cese del Secretario General de la renovación del Consejo, introduce un elemento de deseable continuidad en la administración interna de la institución, que adquiere de esta forma una sana vocación de estabilidad, al menos en la titularidad de su más alto cargo; y ello aunque sea función del Consejo su nombramiento y remoción (art. 25.f)).

El nombramiento como Secretario General de la Cámara de Cuentas implicará la declaración del interesado en la situación administrativa de servicios especiales (art. 31.4, añadido por la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas). Sin embargo, el artículo 62.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid (L.F.P.C.M.), en redacción dada por la Ley 2/2004, de 31 de mayo, no menciona esta circunstancia como motivadora de la declaración del funcionario de la Comunidad nombrado Secretario General en la situación administrativa de servicios especiales, si bien la inclusión de aquel apartado en la L.C.C.C.M. por

¹⁸ Según el primero de los preceptos, «En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas». La D.F. Segunda establece que las previsiones del E.B.E.P. son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas «respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución»; a esa condición de eficacia, con vertientes sustantivas y competenciales, se añade la D.F. Cuarta, que difiere los efectos de bloques enteros del E.B.E.P. al momento de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se aprueben en desarrollo del mismo, e incluso de las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución de tales Leyes.

la Ley 7/2005 habilita tal declaración al prever el artículo 62.1.o) de la L.F.P.C.M. que así sea «cuando así se determine en una norma con rango de Ley». Con ello, el Secretario General quedaría equiparado a los funcionarios de la Comunidad que sean elegidos Consejeros de la Cámara (art. 62.1.l)¹⁹; no en vano, aunque no es *stricto sensu* miembro del Consejo, asiste a sus sesiones con voz pero sin voto (art. 24.2 de la L.C.C.C.M.).

Además de dirigir la Secretaría General (art. 31.1), la cual conforma, a semejanza de la Administración parlamentaria, una suerte de *Administración propia* de la Cámara de Cuentas, a cuya cabeza queda situado el Secretario General, el art. 31.2 le hace responsable de las funciones propias de la organización y dirección de los servicios de la Cámara, sin perjuicio de las atribuidas a otros órganos por la propia L.C.C.C.M. En particular, son sus competencias: el asesoramiento jurídico al Consejo y a los Consejeros²⁰; la firma de las certificaciones que se expidan; la redacción de las actas y la ejecución de los acuerdos de la Cámara; la redacción del proyecto de Memoria anual; la elaboración del anteproyecto de presupuesto; y cualquier otra función que le asigne el Consejo o el Presidente. Así pues, se trata de un elenco que no presenta singularidad alguna, al comprender las funciones típicas de quien encabeza un órgano administrativo de esta naturaleza, enunciadas incluso con un grado de pormenorización superior al que presentan las que para la Secretaría General del Tribunal de Cuentas establecen los arts. 28 de la L.O.T.Cu. y 17.1 de la L.F.T.Cu.; así como las propias de asistencia y certificación de quien ostenta la Secretaría del Consejo en cuanto órgano colegiado y supremo de la Cámara.

¹⁹ Subsidiariamente, el art. 58bis.1.e) de la L.F.P.C.M. declara a los funcionarios en situación de servicio activo cuando presten servicios en la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid «y no les corresponda quedar en otra situación», lo que podría ser aplicable, en el caso que nos ocupa, al Secretario General extraído del personal de la propia Cámara; para el de la Administración General del Estado y el del Tribunal de Cuentas, habrán de interpretarse sistemática y conjuntamente los preceptos de la legislación autonómica con los de la estatal que les sea respectivamente aplicable.

²⁰ Es, en principio, dudoso que la Secretaría General de la Cámara de Cuentas pueda, dirigiéndose a la Secretaría General de la Asamblea, recabar el asesoramiento jurídico del Cuerpo de Letrados de la Asamblea de Madrid, entre cuyas funciones (art. 24 del Estatuto de Personal de la Asamblea de 28 de noviembre de 2001) no se encuentra, ciertamente, la de asistencia a la Cámara de Cuentas; como tampoco entre las de la Asesoría Jurídica de la Asamblea (art. 19 del Reglamento de Régimen Interior de 3 de diciembre de 2001). Sin embargo, en la medida en que la Asamblea reciba dicho requerimiento y su Mesa lo acepte, encontrándose entre los rasgos que cualifican a la Secretaría General la dirección orgánica del Cuerpo de Letrados (arts. 6.5.a) y 18.d) y e) del Reglamento de Régimen Interior), la misma puede hacer efectivo el que éstos lo atiendan, como en la práctica ha ocurrido con el empleo de la fórmula administrativa de la encomienda de gestión, prevista, con carácter general, en el art. 15 de la Ley 30/1992.

1.2. Estatuto jurídico de los Consejeros

El Capítulo I del Título V de la L.C.C.C.M. nos lleva de un enunciado funcional del régimen de los Consejeros de la Cámara de Cuentas, así como de sus órganos unipersonales y colegiados, a una regulación más precisa de su *status* jurídico²¹, ahora bajo la denominación más genérica de *miembros* de la Cámara, cuando quizá hubiese sido deseable una unificación de ese *nomen* con el empleado en el Título IV.

Punto esencial de dicho *status* es el atinente a la *elección* de los Consejeros²², que el art. 32.1 atribuye a la Asamblea de Madrid «en primera votación por mayoría de tres quintas partes», añadiendo que de no alcanzarse dicha mayoría, se procederá a su elección mediante el siguiente procedimiento:

- a) La elección se realizará sucesivamente mediante tres votaciones secretas, por papeletas. Así pues, se trata de un procedimiento análogo al que para «los supuestos en que un precepto legal prevea la propuesta, la aceptación o el nombramiento de personas por una mayoría cualificada» prevé el artículo 205.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 (R.C.D.), por remisión a su artículo 204²³;
- b) en la primera cada Diputado escribirá un solo nombre en la papeleta correspondiente, resultando elegido Consejero quien obtenga el mayor número de votos;
- c) en la segunda y tercera votación serán elegidos tres Consejeros respectivamente, en cada una de ellas. Cada Diputado escribirá un solo nombre en la papeleta correspondiente, resultando elegidos Consejeros los que obtengan el mayor número de votos.

²¹ El «perfil profesional» y el status de los «órganos directivos» de las instituciones fiscalizadoras de otros Estados es objeto de análisis por JIMÉNEZ RIUS, op. cit., págs. 555-558.

²² Para un estudio de Derecho comparado, sobre las diferentes formas de elección de los miembros de las instituciones fiscalizadoras, así como la organización interna de éstas y otros aspectos de interés, conexos con lo aquí tratado, véase JIMÉNEZ RIUS, op. cit., págs. 67-73 (la G.A.O. en los EE.UU.); 136-141 (la N.A.O. del Reino Unido); págs. 220-232 (el Tribunal Federal de Cuentas de la República Federal de Alemania); y págs. 269-297 (la Cour des Comptes de la República Francesa, para la que debe tenerse en cuenta el art. 47-2 de la Constitución de 4 de octubre de 1958, modificado por obra de la reforma constitucional aprobada con fecha 21 de julio de 2008).

²³ Con todo, en el supuesto citado, la mayor complejidad del proceso y la más amplia composición del Congreso permiten a cada Diputado escribir un máximo de cuatro nombres en su papeleta, adaptado a la realidad de los puestos a cubrir y a los demás requisitos legales; véase asimismo el art. 186 del Reglamento del Senado, aprobado por Texto Refundido de 11 de mayo de 1994 (R.S.), y en concreto la previsión según la cual cada Senador dispone de un número de votos igual que el de puestos para elegir. Entendemos que éstos son los preceptos aplicables a la elección de los Consejeros del Tribunal de Cuentas, en ausencia de disposición expresa en la L.O.T.Cu. y la L.F.T.Cu.

Estas disposiciones, que regulan un procedimiento subsidiario, no determinan si el modo de votación secreta por papeletas es igualmente aplicable a esa primera votación en la que se exige una mayoría cualificada. El Reglamento de la Asamblea de Madrid (R.A.M.) de 30 de enero de 1997, que no ha sido objeto de modificación alguna, no regula expresamente la designación de los Consejeros de la Cámara de Cuentas, si bien *a priori* a ésta le sería aplicable el Capítulo VI de su Título XIX, sobre elecciones, designaciones y nombramientos de personas en supuestos distintos a los previstos en los Capítulos anteriores²⁴.

No obstante, el mecanismo preceptuado en el art. 234.1 no se compadece del todo con el art. 32 de la L.C.C.C.M., pues parte del presupuesto de que los miembros del colegio que ha de ser elegido obedecen a una proyección representativa de los Grupos Parlamentarios, sometiéndose no a una designación individualizada, sino a una votación *en bloque*, a la que han de someterse las propuestas que dichos Grupos presenten, comprensivas de las personas que hayan de ser objeto de elección. Ello, en buena teoría, parece contrario al principio de independencia funcional, fundamental para el buen hacer de la institución fiscalizadora, y que requiere que quienes vayan a ser designados Consejeros de la Cámara reúnan un perfil técnico cualificado y, en línea de principio, lo más ajeno posible a vinculaciones como las dimanadas de una elección a propuesta de una parte o segmento del Parlamento. Sería éste el formado por cada uno de tales Grupos, sujetos colectivos capitales en la vida de las Cámaras y trunfo, al cabo, de los partidos políticos que se presentaron y obtuvieron representación en las elecciones a la Asamblea de Madrid, los cuales son portadores de fines e intereses legítimos y específicos, pero netamente diferenciados del interés público por el que ha de velar un órgano de control externo de las cuentas públicas²⁵. Nos permitimos transcribir el artículo 234.1 del R.A.M. con el propósito de reflejar mejor nuestra explicación:

²⁴ En los que se contienen disposiciones específicas sobre la designación de Senadores en representación de la Comunidad de Madrid (Capítulo I, arts. 223 a 226); la elección y nombramiento del Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid (Capítulo II, arts. 227 a 229); el nombramiento de los miembros del Consejo de Administración del Ente Público Radio Televisión Madrid (Capítulo III, art. 230); la elección de miembros del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid (Capítulo IV, art. 231); y la elección de los Consejeros Generales miembros de las Asambleas Generales de las Cajas de Ahorro de la Comunidad de Madrid (Capítulo V, art. 232).

²⁵ Entre cuyas funciones se halla la de fiscalizar la contabilidad electoral de los partidos políticos en los términos previstos en la Ley 11/1986, de 16 de diciembre, Electoral de la Comunidad de Madrid (art. 5.h) de la L.C.C.C.M.).

«1. Si se debiera llevar a efecto la elección, designación o nombramiento de varias personas se procederá en la forma siguiente:

- a) La Mesa, de acuerdo con la Junta de Portavoces, fijará el número de personas que corresponda elegir, designar o nombrar y el que corresponda proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario, en proporción al número de sus miembros.
- b) Los Grupos Parlamentarios deberán comunicar a la Mesa, en el plazo establecido por ésta y mediante lista ordenada, los candidatos que proponen en el número que les corresponda. Los escritos de propuesta se presentarán acompañados de la declaración de aceptación de los candidatos.
- c) La Mesa, revisadas las propuestas de los Grupos Parlamentarios, elevará al Pleno la lista definitiva de candidatos que se proponen para su elección, designación o nombramiento.
- d) La propuesta de la Mesa será sometida a votación de conjunto en el Pleno.
- e) Si, a lo largo de la Legislatura, se produjera alguna vacante entre los elegidos, designados o nombrados, corresponderá al Grupo Parlamentario que hubiera propuesto a la persona elegida, designada o nombrada proponer el candidato que habrá de sustituirle, procediéndose seguidamente a su elección, designación o nombramiento conforme al procedimiento previsto en los apartados anteriores».

Además, el art. 32.2, inc. 2º de la L.C.C.C.M.²⁶, que veremos más adelante, ya dispone una forma de provisión de las vacantes que se produzcan a lo largo del tiempo por el que los Consejeros son designados, de tal suerte que, como *lex specialis*, devendría de aplicación preferente respecto de una norma supletoria como el art. 234.1.e) del R.A.M., que sólo entraría en juego a falta de una regulación específica para dicha cobertura y que, por todo lo anterior, decaería aquí. Por otro lado, de entender aplicable el art. 234 del R.A.M. a la elección de los Consejeros en una primera votación en la que sería exigible una mayoría de tres quintos, la congruencia del proceso y el respeto al principio de unidad de acto se verían afectados, por cuanto el precepto reglamentario no ofrece solución en el hipotético supuesto de que en la votación de conjunto no se alcanzase dicha mayoría, no resultando demasiado ortodoxo, al menos para quien conozca la praxis de la aplicación de las normas parlamentarias, recurrir entonces el procedimiento subsidiario del art. 32.1 de la L.C.C.C.M.

²⁶ Este precepto legal, a pesar de estar integrado en una Ley formal y no en el Reglamento de la Asamblea, debe considerarse Derecho parlamentario aplicable a esta elección, en ausencia de normas reglamentarias sobre la misma.

Ante las dudas que genera la interpretación conjunta de estas normas y dado su difícil encaje teórico, resulta obligado acudir a los antecedentes fácticos de las dos ocasiones en las que el Pleno de la Asamblea de Madrid ha elegido a los siete Consejeros de la Cámara²⁷.

En la primera de ellas, en sesión plenaria de 14 de diciembre de 2000, se elevaron propuestas a cargo de los tres Grupos Parlamentarios de la Asamblea, en número proporcional a su representación parlamentaria —4 por parte del Grupo Popular; 2 del Grupo Socialista-Progresistas y 1 del Grupo de Izquierda Unida—, que fueron sometidas a votación de conjunto, ordinaria por el procedimiento electrónico, a tenor de los arts. 122.2º y 124, p.1º.b) del R.A.M., en concordancia con su art. 234.1, con el resultado de su elección por unanimidad, con lo que, a la vez, se cumplió con el requisito de la mayoría de tres quintos establecido en el art. 32.1 de la L.C.C.C.M. Por tanto, se siguió la modalidad de elección prevenida para los supuestos no expresamente previstos en el Reglamento, armonizándose con dicho precepto legal, en el entendido de que la formulación de propuestas por parte de los Grupos Parlamentarios no iba a perjudicar, a la postre, la elección de los Consejeros por la mayoría exigida, conciliándose esta exigencia con la proporcionalidad en la representación de dichos Grupos y asegurando la integración de todos ellos: como es de sobra sabido, la existencia de unanimidad en la práctica parlamentaria sana muchas de las fallas teóricas que nos es dado percibir *a priori* si nos ajustamos a la aplicación ciega de las normas.

En cambio, de muy distinta manera se obró en la sesión plenaria de 14 de diciembre de 2006, exactamente seis años después, expirado el primer mandato de la Cámara: nuevamente se recibieron propuestas de los tres Grupos Parlamentarios, de conformidad con lo que impone el art. 234.1 del R.A.M., si bien los avatares políticos dieron lugar a que se registraran tales propuestas en número de candidatos superior en uno al de los siete Consejeros —5 por parte del Grupo Popular; 2 del Grupo Socialista y 1 del Grupo de Izquierda Unida—. En esta ocasión, se procedió mediante votación secreta por papeletas (arts. 122.4º y 125, en sus aps. 1 y 3.b), del R.A.M.), lo que dio lugar a una curiosa mezcla del procedimiento *ex art.* 234.1 y del subsidiario del art. 32.1 de la L.C.C.C.M.; ello, a nuestro juicio, atendía a la fina-

²⁷ En la primera de ellas no fue posible atenerse literalmente a la D.A. Sexta.1 de la propia L.C.C.C.M., que ordenaba a la Asamblea de Madrid proceder a la primera elección de los Consejeros en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, siendo el mismo rebasado con creces al demorarse dicha elección por más de un año y medio; el ap. 2 regulaba la constitución de un Consejo extraordinario para la designación de los primeros Presidente y Vicepresidente de la Cámara.

lidad de solucionar el conflicto que habría existido de no producirse la mayoría de tres quintos exigida en primera votación, que en teoría ha de intentarse obtener en cualquier caso²⁸, si bien en éste no se hizo. Como puede comprobarse, las circunstancias políticas condicionan y modulan el juego real del Derecho parlamentario, dando lugar a precedentes variables y que resultarían difíciles de imaginar si el tenor literal y el significado originario de las normas se aislaran de la situación que están llamadas a disciplinar.

Este apartado del art. 32.1 finaliza con una disposición común: «*Los correspondientes nombramientos serán expedidos por el Presidente de la Asamblea de Madrid y publicados en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid*».

Como ya hemos adelantado, la elección de los Consejeros se produce por un período de seis años (art. 32.2, p.1º); como suele acaecer en los órganos de esta naturaleza, se trata de un plazo de tiempo distinto y, a la vez, no coincidente con el término del mandato parlamentario²⁹. La toma de posesión de los Consejeros tiene lugar ante el Presidente de la Asamblea, con la presencia habitual de los miembros de la Mesa. Si se produjeran vacantes, continúa dicho párrafo del art. 32.2, «*el Presidente de la Cámara lo pondrá en conocimiento de la Asamblea para que se proceda a la provisión de las mismas de acuerdo con lo establecido anteriormente y por el tiempo que reste de mandato*»³⁰. Se procedió a la sustitución de un Consejero, por fallecimiento, en una sola ocasión, en la sesión plenaria de 21 de abril de 2005, en la que el elegido, que lo fue por el procedimiento de votación electrónica, recibió el voto favorable de la unanimidad de la Cámara, lo que

²⁸ En este segundo supuesto, la mecánica de las tres votaciones dio lugar a la elección de los 5 Consejeros propuestos por el Grupo Parlamentario Popular y los 2 del Grupo Socialista, quedando no designado el propuesto por el Grupo de Izquierda Unida, después de su derrota en la primera votación por obtener un número de votos inferior al del primer candidato del Grupo Popular; en la segunda y en la tercera, fueron respectivamente elegidos 1 Consejero por parte del Grupo Socialista y 2 del Grupo Popular, no sin que en la última votación el candidato del Grupo de Izquierda Unida fuera nuevamente destinatario de los 9 votos emitidos por los Diputados pertenecientes al mismo.

²⁹ «Este sistema [...] produce así el alejamiento institucional y personal respecto del Parlamento. Si bien el TCU establece un período de mandato de nueve años, los OCEX autonómicos han optado por, acortando éste, tampoco homologarlo con el de la duración de las Legislaturas», inclinándose, al igual que la Cámara de Cuentas madrileña, por un plazo de seis años (VERA SANTOS, *El Tribunal de Cuentas...*, op. cit., p. 79).

³⁰ Al igual que acontece con los Consejeros del Tribunal de Cuentas (art. 22.2 de la L.F.T.Cu.), si bien en este caso el ap. 1 del precepto legal anticipa la finalización de su mandato, al ordenar al Presidente del Tribunal que, antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos de los Consejeros, solicite de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado la iniciación del procedimiento que haya de conducir a la elección de los mismos. Nada similar obliga al Presidente de la Cámara de Cuentas, quedando la elección de ese momento a voluntad de la Mesa de la Asamblea.

complimentaba con creces la mayoría de tres quintos requerida por el art. 32.1 de la L.C.C.C.M.; mediante el empleo de tal modo de votación, se continuaba con la línea marcada por la primera designación de los Consejeros de la Cámara en diciembre de 2000, pues la elección nació de la propuesta realizada por el Grupo Parlamentario que originariamente había postulado al Consejero fallecido.

Por lo demás y a la vista de los precedentes y de los preceptos reglamentarios ya aplicados, no resulta descabellado apuntar cuáles son las potestades de la Mesa de la Asamblea en el momento de expiración del período para el que los Consejeros de la Cámara habían sido designados. En virtud del art. 234.1.a) del R.A.M., de acuerdo con la Junta de Portavoces, la Mesa fijará el número de personas que corresponda elegir, designar o nombrar y el que corresponda proponer como candidatos a cada Grupo Parlamentario, en proporción al número de sus miembros, y elevará posteriormente al Pleno la lista definitiva de los propuestos, a tenor de los escritos que le hayan dirigido los Grupos, acompañados de la declaración de aceptación de los candidatos (art. 234.1.b) y c)). En consecuencia con todo lo anterior, también resulta de aplicación el art. 234.1.e), de manera que los Grupos Parlamentarios conservan la facultad de proponer a los candidatos para cubrir los puestos que, en su caso, quedaran vacantes antes del transcurso del período sexenal³¹ para el que los Consejeros fueron nombrados.

En ese momento de extinción o vencimiento del citado plazo de seis años, y en tanto tiene lugar la renovación de la Cámara, establece el art. 32.2, p.2º de la L.C.C.C.M. una regla natural para preservar el funcionamiento ininterrumpido de la misma, sin solución de continuidad ni disminución de las funciones que normalmente desempeña: «Los Consejeros continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles». Esto es, se desechan otras posibles soluciones, como podrían ser la permanencia de un colegio reducido o la activación de un sistema de permanencia «en funciones», que en ese lapso restringiera las competencias legales de la Cámara de Cuentas a su propia gestión y administración interna, además de las imprescindibles para el despacho ordinario de los asuntos; ello acaso hubiera comportado para el órgano avanzar en los procedimientos fiscalizadores pendientes pero

³¹ Lo que implica una extensión impropia de este apartado del precepto reglamentario, pues la provisión de vacantes va en él referida a las que tuvieran lugar «a lo largo de la Legislatura», siendo consustancial a órganos como la Cámara de Cuentas, dotados de la tantas veces subrayada independencia funcional, el que la duración del plazo para el que sus miembros fueron nombrados no coincida con el mandato parlamentario, como ya se ha indicado.

sin poder adoptar ningún acuerdo para la finalización de los mismos, lo que plantearía indudables dificultades, tanto de índole práctica como en el plano teórico.

En lógica coherencia con la independencia que es predicable de la Cámara *ex art.* 1.2, los Consejeros de la misma gozan de independencia e inamovilidad³², sin perjuicio de lo previsto en el art. 35 (art. 32.3). Además, los Consejeros tendrán las retribuciones previstas para los Consejeros de la Administración de la Comunidad de Madrid, las cuales se recogerán expresamente en los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid (art. 32.4); más correcto hubiese sido equiparar su régimen retributivo, propiamente, a los Consejeros del Gobierno de la Comunidad de Madrid³³, por ser éste el órgano estatutario al que pertenecen (art. 22.2, p.1º del E.A.C.M.), ya que el *dictum* del precepto legal deja abierta la duda de si no se está refiriendo a otra clase de altos cargos que pudieran existir en Organismos Autónomos, Entes públicos u órganos colegiados de diferente naturaleza, igualmente integrados en la Administración autonómica. En todo caso, se trata de una saludable previsión que se coloca bajo los auspicios de la misma idea de independencia, al situar la retribución de los Consejeros de la Cámara de Cuentas en el mismo nivel que las más altas autoridades de la Comunidad Autónoma, con la excepción de su Presidente.

Siguiendo con el *status* jurídico de los Consejeros, el art. 33.1 de la L.C.C.C.M. establece los requisitos o condiciones para la elección de los miembros de la Cámara, la cual se llevará a cabo «entre funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, así como entre Abogados y Economistas, todos de reconocida competencia en relación con las funciones de la Cámara y en los dos últimos casos con más de diez años de ejercicio profesional»; se trata de unas condiciones formuladas de manera más lata y acaso menos exigente que para sus homólogos del Tribunal de Cuentas, si se compara este precepto con el art. 30.1³⁴ de la L.O.T.Cu.

³² Dos predicados coincidentes con los propios de los Consejeros del Tribunal de Cuentas (art. 30.2 de la L.O.T.Cu.).

³³ A estos efectos y dada tal equiparación, debe tenerse en cuenta el art. 30.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, así como la Ley 8/2000, de 20 de junio, por la que se procede a la homologación de las retribuciones de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Comunidad de Madrid con los de la Administración General del Estado, y de los Diputados de la Asamblea de Madrid con los Diputados por Madrid del Congreso.

³⁴ «Los Consejeros de Cuentas serán designados por las Cortes Generales, seis por el Congreso de los Diputados y seis por el Senado, mediante votación por mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras, por un período de nueve años, entre Censores del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados y Fiscales, Profesores de Uni-

En sentido negativo, no podrá ser elegido Consejero quien durante los cinco años anteriores a la fecha de elección haya desempeñado funciones de dirección, gestión, inspección o intervención de ingresos o gastos en cualquiera de las entidades pertenecientes al sector público de la Comunidad de Madrid, o hayan sido perceptores de subvenciones con cargo a dicho sector público (art. 33.2 de la L.C.C.C.M.), prohibición más exigente en el plazo, pero menos específica en sus elementos objetivos, que la respectiva del art. 33.3³⁵ de la L.O.T.Cu. y la que se encuentra en las Leyes reguladoras de las instituciones fiscalizadoras de otras Comunidades Autónomas.

Las normas siguientes, en particular los arts. 34 a 36 de la L.C.C.C.M., tienen como finalidad terminar de perfilar dicho estatuto jurídico, bajo la veste de los principios proclamados en el art. 32.3 y muy en especial con la finalidad de garantizar la imprescindible *independencia*, en su doble dimensión interna y externa³⁶, con la que la Cámara y sus Consejeros han de conducirse en el ejercicio de sus funciones. Comenzando por el primero de aquellos preceptos, la condición de Consejero de la Cámara de Cuentas es incompatible con cualquiera de los cargos y funciones que se enumeran en el art. 34:

- a) La de Diputado de la Asamblea de Madrid.
- b) La de Diputado del Congreso de Diputados.
- c) La de Senador.
- d) La de miembro del Tribunal de Cuentas o de los órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas.

versidad y funcionarios públicos pertenecientes a Cuerpos para cuyo ingreso se exija titulación académica superior, Abogados, Economistas y Profesores Mercantiles, todos ellos de reconocida competencia, con más de quince años de ejercicio profesional». Sobre la exhaustividad de este precepto, destinado a asegurar la idoneidad profesional y técnica de los Consejeros, y su comparación con los análogos de los órganos fiscalizadores autonómicos, véase VERA SANTOS, *El Tribunal de Cuentas...*, op. cit., pp. 75-76.

³⁵ «No podrán ser designados Consejeros de Cuentas quienes en los dos años anteriores hubieran estado comprendidos en alguno de los supuestos que se indican en los apartados siguientes: a) Las autoridades o funcionarios que tengan a su cargo la gestión, inspección o intervención de los ingresos y gastos del sector público. b) Los Presidentes, Directores y miembros de los Consejos de Administración de los Organismos autónomos y Sociedades integrados en el sector público. c) Los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores públicos. d) Los perceptores de las subvenciones con cargo a fondos públicos. e) Cualquier otra persona que tenga la condición de cuentadante ante el Tribunal de Cuentas».

³⁶ Así es descrita por BIGLINO CAMPOS, «La posición institucional de los Consejos de Cuentas», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 7, 1999, p. 39, y «Parlamento, Presupuesto y Tribunal de Cuentas», *Revista de las Cortes Generales*, 37, 1996, p. 40; y LOZANO MIRALLES, «Órganos de control externo y Parlamento», *Revista de las Cortes Generales*, 40, 1º cuatrimestre 1997, p. 177. VALLÈS VIVES divide las garantías de la independencia en jurídicas, orgánicas y financieras (El control externo del gasto público. Configuración y garantía constitucional, C.E.P.C., Madrid, 2003, pp. 300-305 y 515-516).

e) La de cualquier cargo político o función administrativa del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Universidades y de las Entidades Locales o de sus Organismos Autónomos, Entes y Empresas Públicas.

f) El desarrollo de funciones directivas o ejecutivas en los partidos políticos, en las centrales sindicales y en las asociaciones empresariales.

g) El ejercicio de cualquier actividad pública o privada remunerada. No obstante, serán compatibles las actividades de producción y creación literaria, artística, científica o técnica y las publicaciones derivadas de aquéllas, así como la colaboración y la asistencia ocasional como ponente a congresos, seminarios, jornadas de trabajo, conferencias o cursos de carácter profesional, siempre que no sean consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios o supongan un menoscabo del estricto cumplimiento de sus deberes.

Este régimen difiere sustancialmente del contenido en el art. 33.1 de la L.O.T.Cu., el cual se remite genéricamente a las «*incompatibilidades y prohibiciones establecidas para los Jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial*», debido a la «propia jurisdicción» de que es titular el Tribunal de Cuentas³⁷ ex art. 136.2, p.2³⁸ de la C.E. Ello se explica si nos ceñimos al tenor literal del art. 136.3³⁹ de la C.E., que el citado precepto orgánico reproduce. La función de enjuiciamiento contable

³⁷ Sobre la función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas es importante tener en cuenta la S.T.C. 215/2000, de 18 de septiembre, estudiada, entre otros, por PULIDO QUECEDO, «El Tribunal de Cuentas como órgano jurisdiccional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 15/2000, Parte Tribuna, 2000; ALSINA ENRÍQUEZ, «La S.T.C. 215/2000, de 18 de septiembre, o la infundada confirmación de la naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 112, 2001, pp. 613-628; o DELGADO DEL RINCÓN, «A propósito del carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas. Comentario a la S.T.C. 215/2000, de 18 de septiembre», *Revista Española de Control Externo*, 9, septiembre 2001, pp. 89-126.

³⁸ Este precepto constitucional es desarrollado, en la legislación del Tribunal de Cuentas, por los arts. 2.b), 15 a 18, 24 a 26, 38 a 43 y 46 a 49 de la L.O.T.Cu., y por los arts. 11 a 12 y el Título V (arts. 49 a 87) de la L.F.T.Cu.

³⁹ «Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces». Tales principios estructurales del Poder Judicial, que se predicen de cada uno de los Jueces y Magistrados, vienen afirmados en el art. 117.1 de la C.E., delimitándose el segundo de ellos en el ap. 2 del precepto y el primero en los aps. 3 y 4, al regirse por ambos el ejercicio de la potestad jurisdiccional en sus vertientes positiva y negativa, respectivamente. En punto a las incompatibilidades, es esencial el art. 127 de la C.E., que por remisión del art. 136.3 se hace así extensivo a los Consejeros del Tribunal de Cuentas: «1. Los Jueces y Magistrados así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales. 2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos».

del Tribunal, elemento que lo diferencia netamente de las instituciones fiscalizadoras autonómicas, a salvo la posibilidad de delegación de las actuaciones preliminares que tratamos en un anterior estudio, lleva a la configuración de ese *status* específico, en el que sus Consejeros se equiparan a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial⁴⁰.

Por lo demás, de la regulación de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid se ha afirmado que está formada por «un elenco de cargos y actividades que establecen taxativamente el régimen de las incompatibilidades, con cláusulas de cierre para evitar posibles olvidos en el listado anterior», a diferencia de los regímenes de otros órganos autonómicos que se remiten al sistema del Tribunal de Cuentas, y de un tercer modelo «basado en una doble prohibición genérica referida a actividades públicas y privadas, además de ciertas actividades directivas o de gestión en partidos políticos y otras organizaciones, con lo que engloban todas las situaciones vitales posibles»⁴¹.

Las causas por las que los Consejeros pueden perder su condición de tales son de carácter tasado, lo que implica que han de interpretarse de manera restrictiva, y traen causa de su inamovilidad, pero también de la independencia con que han de ejercer sus funciones, a la cual sirve aquélla. Vienen enunciadas en el art. 35 de la L.C.C.C.M., precepto al que se remite el art. 32.3 al proclamar tales principios: fallecimiento; finalización de su mandato⁴²; renuncia presentada a la Asamblea de Madrid⁴³; incapacidad apreciada por sentencia judicial firme; incumplimiento grave de los deberes de su cargo, apreciado por el Pleno de la Asamblea por mayoría de tres quintos de sus miembros⁴⁴; inhabilitación para el ejercicio de los derechos declara-

⁴⁰ Las incompatibilidades y prohibiciones de los Jueces y Magistrados aparecen reguladas en el Capítulo II del Título II del Libro IV (arts. 389-397) de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (L.O.P.J.).

⁴¹ VERA SANTOS, El Tribunal de Cuentas..., op. cit., pp. 80-81.

⁴² La doctrina coincide en señalar la toma de posesión como hecho que marca el dies a quo del plazo por el que los Consejeros son designados.

⁴³ Y aceptada por ésta, no ya por la doctrina general que ha de regir el curso de toda renuncia, sino por paralelismo con lo que establece el art. 36 de la L.O.T.Cu. para los Consejeros del Tribunal de Cuentas, cuya dimisión ha de ser «aceptada por las Cortes Generales», sin que el precepto especifique ante qué órgano parlamentario debe hacerse efectivo su carácter recepticio. En el supuesto de la Asamblea de Madrid, acaso la Mesa, dadas sus funciones rectoras, sea el más idóneo, aunque debiendo dar cuenta inmediata de tal renuncia al Pleno, órgano designante de los Consejeros. En contra de la necesidad de aceptación, vid. VERA SANTOS, El Tribunal de Cuentas..., op. cit., p. 87.

⁴⁴ Parece lógico que la mayoría decisoria de tal apreciación se corresponda con la del nombramiento ex art. 32.1 de la L.C.C.C.M.; podemos contrastarlo con el régimen del Defensor del Menor, en concreto los arts. 4.2 y 8.1 de la L.D.M.C.M. De igual modo, para el cese de los Consejeros del Tribunal de Cuentas, DE LA FUENTE Y DE LA CALLE llama la atención sobre el artículo 25 de la L.F.T.Cu., con el que el régimen de la L.C.C.C.M. puede

rada por sentencia judicial firme⁴⁵; y haber sido declarados, en virtud de sentencia judicial firme, responsables civilmente por dolo o condenados por delito doloso⁴⁶.

No se prevén otras causas de cese que sí rigen para los Consejeros de otros órganos fiscalizadores autonómicos, como pueden ser la incompatibilidad sobrevenida o la existencia de responsabilidad disciplinaria. Respecto de ésta, difícilmente puede darse si la L.C.C.C.M. no dispone de un régimen de infracciones y sanciones ni cuenta con un desarrollo reglamentario que pudiera establecerlo: obviamente, sobre la base de su tipificación en una norma con rango de ley, constitucionalmente preceptiva por mor de los principios de legalidad y tipicidad propios del Derecho sancionador, consagrados ex art. 25.1 de la C.E. y establecidos con carácter general en los arts. 127 y 129 de la Ley 30/1992. Con todo, el art. 25.1, p.2º de la L.F.T.Cu., al regular la pérdida de su condición por los Consejeros del Tribunal de Cuentas, señala que éstos también podrán cesar por haber incurrido en responsabilidad disciplinaria, que se producirá por incumplimiento grave de los deberes del cargo o por haber sido declarados, en virtud de sentencia firme, responsables civilmente por dolo o condenados por delito doloso; por tanto, puede afirmarse que la responsabilidad disciplinaria de los Consejeros de la Cámara de Cuentas sería reconducible a cualquiera de estas dos causas, en caso de concurrir en algún Consejero y tal como figuran tipificadas en el art. 35.e) y g) de la L.C.C.C.M.

Finalmente, el art. 36.1 hace vigentes, para los Consejeros, «las causas de abstención y de recusación previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». Junto a esta remisión de índole general, el art. 36.2 preceptúa que «se abs-

compararse, defendiendo esta autora la necesidad de tramitación de expediente contradictorio en el que se preserve el derecho de audiencia («La fiscalización del sector público autonómico. Especial referencia a la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid», Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid, 8, mayo-octubre 2000, p. 120).

⁴⁵ Si nos atenemos al sistema de penas establecido en el Código Penal aprobado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, tras la reforma operada por L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, se trataría de la inhabilitación absoluta (arts. 39.a), 40 y 41) y la especial para empleo o cargo público (arts. 39.b) y 42), pero, por razones sistemáticas, también comprendería la inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, en la medida en que el art. 44 dispone de ella que «priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos».

⁴⁶ Los Consejeros de la Cámara no gozan de fuero ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como ocurriría si se hubiese reproducido el que tienen los miembros del Tribunal de Cuentas para los supuestos de deducción de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo (arts. 35.1 de la L.O.T.Cu. y 56.1.2 y 57.1.2 de la L.O.P.J.).

tendrán de la fiscalización de cualquier acto o expediente en que hayan intervenido con anterioridad a su designación como miembros de la Cámara de Cuentas y que, de acuerdo con el artículo 3 de esta Ley, sean de la competencia de ésta», lo que implica añadir una causa específica, propia del ámbito que nos ocupa y sin límite temporal en cuanto al plazo en que hubiera ocurrido el hecho motivador de la abstención. Como ya se ha subrayado, estas reglas son consecuencia del principio de independencia de la Cámara y de los Consejeros, que para éstos proclama el art. 32.3 de la propia L.C.C.C.M., pudiendo contrastarse con la obligación que a los del Tribunal de Cuentas impone el art. 24.2⁴⁷ de la L.F.T.Cu., y constatándose, en definitiva y en la vertiente de los deberes, una vez analizadas la capacidad —delimitada por los requisitos para la elección— y las incompatibilidades, que el estatuto jurídico de los Consejeros, aunque en general bien delineado, aparece un tanto incompleto si recurrimos de nuevo al espejo del Tribunal de Cuentas⁴⁸, así como a las cláusulas legales establecidas para otros órganos fiscalizadores.

1.3. El personal al servicio de la Cámara de Cuentas

El examen de los problemas planteados por la L.C.C.C.M. prosigue por el Capítulo II de su Título V, que contiene la regulación de su personal en sus aspectos esenciales.

Comienza el mismo por la delimitación de su régimen jurídico, siendo el orden de prelación de fuentes el establecido por el art. 37.1: «El personal que preste sus servicios a la Cámara de Cuentas se regirá por la legislación básica estatal, por los preceptos de este Capítulo, por las disposiciones de régimen interior que le sean de aplicación y, en su defecto, por la legislación de la función pública de la Comunidad de Madrid». Así pues, el legislador autonómico ha elegido, en primer térmi-

⁴⁷ «El Presidente y los Consejeros tendrán la obligación de inhibirse del conocimiento de los asuntos que afecten a entidades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran participado, o con la que hubieran mantenido cualquier clase de relación interesada, ellos mismos o personas de su familia dentro del segundo grado civil por consanguinidad o afinidad».

⁴⁸ En especial, si atendemos al art. 24.1 de la L.F.T.Cu., cuya reproducción a escala autonómica concordaría con los preceptos aquí examinados, además de añadir en su inciso final el elemento de la inviolabilidad, que añade un plus inexistente en la Cámara de Cuentas: «Los Consejeros del Tribunal de Cuentas ejercerán sus funciones de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a las mismas, cuidarán del despacho pronto y eficaz de los asuntos que les hubieren correspondido, asistirán a cuantas reuniones plenarios o comisiones fueren convocadas y no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones».

no, el reenvío a la legislación básica del Estado, hoy constituida por el E.B.E.P., para posteriormente remitirse a la propia L.C.C.C.M. y a tales disposiciones de régimen interior, que suponemos referidas al desarrollo de la Ley de la Cámara por su Reglamento de Organización y Funcionamiento, lo que nos sitúa de nuevo aquí frente a una remisión en vacío, al no haberse aprobado dicha norma de ejecución; por último, entraría en juego la L.F.P.C.M.

Sin embargo, esta diversidad de regímenes es oscurecida o, si se prefiere, corregida de inmediato por el art. 37.2 de la propia L.C.C.C.M.: «No obstante lo anterior, el régimen de selección, provisión de puestos de trabajo, derechos, deberes, incompatibilidades, retribuciones, seguridad social, extinción de la relación de servicios y régimen disciplinario será el establecido en la legislación de la función pública de la Administración de la Comunidad de Madrid». Es decir, para todas estas materias, que abarcan amplias áreas sustantivas o bloques de la normativa por la que se rige el personal al servicio de la Cámara de Cuentas, la fuente primaria pasa a ser la L.F.P.C.M. en lugar de la legislación básica del Estado.

Dada esta remisión específica que contiene el ap. 2 del art. 37, quizá hubiese sido más correcto invertir el orden en el que quedarían los apartados del precepto, ubicando dicha remisión en el primero de ellos y estableciendo en el segundo la aplicabilidad general —supletoria en los aspectos así enunciados del régimen del personal— del E.B.E.P., del Capítulo II del Título V de la L.C.C.C.M., de sus normas de desarrollo y de la propia L.F.P.C.M. en los restantes elementos de tal régimen⁴⁹. Por lo demás, la citada remisión especial a la L.F.P.C.M. no deja demasiado margen a las restantes normas aplicables, supuesto que las demás materias no regidas directamente por la legislación autonómica de función pública serían, sustancialmente: el régimen de los funcionarios interinos y del personal laboral; la agrupación en Cuerpos y Escalas, clasificados a su vez en Grupos y niveles; y las situaciones administrativas del personal al servicio de la Cámara⁵⁰.

El art. 38.1 de la L.C.C.C.M. establece una diferenciación, al señalar que el personal a que se refiere el precepto anterior está integrado

⁴⁹ Ello a pesar de que, de entre las Directrices de técnica normativa, la n° 2.a) recomienda que en la redacción de las disposiciones se mantenga el orden de lo general a lo particular.

⁵⁰ Todo ello teniendo presentes dos observaciones: la necesaria adaptación de la L.F.P.C.M. al E.B.E.P., ordenada por el art. 6 de éste, según se ha comentado supra; y el hecho de que el propio Capítulo II del Título V de la L.C.C.C.M. ya regula precisamente algunas de las materias en las que el art. 37.2 se remite a la L.F.P.C.M., si bien de manera fragmentaria, lo que convierte en preceptiva tanto su interpretación sistemática como su aplicación conjunta con dicha Ley autonómica.

por personal funcionario y eventual, añadiéndose una disposición particular para este último en el art. 38.2: «*El personal eventual sólo podrá ejercer funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial del Presidente y de los Consejeros de Cuentas. Su cese será automático cuando se produzca el del Presidente o Consejero a cuyo servicio esté adscrito. En ningún caso el personal eventual podrá desempeñar puestos de trabajo asignados por la relación de puestos de trabajo a funcionarios*», lo que viene a coincidir, con carácter general, con la definición que del personal eventual da el art. 12⁵¹ del E.B.E.P., con el que ahora debe integrarse la regulación así dispuesta en la norma que analizamos. Además, podemos apuntar que el Estatuto Básico viene a incorporar dos restricciones importantes para este tipo de personal: no puede formar parte de los órganos de selección (art. 60.2), si bien en la Cámara de Cuentas ello, por formar parte del régimen de selección, estaría regido primariamente por la L.F.P.C.M., que no contiene prohibición semejante a ésta; y no puede autorizarse o reconocerse compatibilidad al mismo, en los términos del art. 16.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, en la redacción que le da la D.F. Tercera.2 del E.B.E.P.⁵², que incorpora una serie de condiciones referidas a las retribuciones complementarias cuya aplicabilidad directa a este personal es dudosa.

Además de recalcar ello, no podemos pasar por alto que, antes de la promulgación del E.B.E.P., la interpretación y aplicación del art. 38.2 de la L.C.C.C.M. fue objeto de controversia judicial, resuelta en varias Sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid durante el año 2004, y que tuvimos ocasión de reseñar en nuestro comentario al artículo

⁵¹ «1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. [...] 3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento. 4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna. 5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera». Este personal queda en situación administrativa de servicios especiales en su Administración de origen, siempre que no opte por permanecer en la de servicio activo (art. 87.1.i) del E.B.E.P.).

⁵² No obstante, a tenor de la D.F. Cuarta.2, p.2º del propio E.B.E.P., esta D.F. Tercera.2 «producirá efectos en cada Administración Pública a partir de la entrada en vigor del Capítulo III del Título III [relativo a los derechos retributivos] con la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto», añadiendo aquélla una norma de Derecho transitorio: «Hasta que se hagan efectivos esos supuestos la autorización o denegación de compatibilidades continuará rigiéndose por la actual normativa».

44 del E.A.C.M.: en particular, las de 21 de febrero, 18 de marzo, 18 de octubre y 11 de noviembre.

En cuanto a la representación y participación del personal al servicio de la Cámara de Cuentas en el establecimiento de sus condiciones de trabajo, el art. 39 de la L.C.C.C.M. dispone que las mismas se llevarán a cabo a través de una Junta de Personal y de una Mesa de Negociación, en los términos previstos en la legislación aplicable en materia de Función Pública. Sin ánimo de profundizar en esta cuestión, que sin duda sería merecedora de un *excursus*, tal normativa sigue estando hoy día constituida, en lo esencial, por la Ley 9/1987, de 12 de junio, la cual permanece en una complicada situación de vigencia transitoria, en los términos de la D.T. Quinta⁵³ y la D.D.única.c)⁵⁴ del E.B.E.P., el Capítulo IV de cuyo Título III (arts. 31 a 45) la sustituirá en el futuro prácticamente en su integridad.

Por otra parte, el art. 40.1 de la L.C.C.C.M. trata de un aspecto genéricamente recogido en el art. 74 del E.B.E.P., con una regulación no mucho más concreta aquí, siendo ésta una de las materias donde la L.F.P.C.M. deviene directamente aplicable por remisión de la propia L.C.C.C.M.: las relaciones de puestos de trabajo, que para la Cámara de Cuentas «*comprenden los puestos de trabajo a desempeñar por el personal a su servicio, y contendrán los distintos aspectos exigidos en la legislación de la función pública de la Comunidad de Madrid*» (p.1º); estando ésta constituida, en lo sustancial, por el Capítulo I del Título II (arts. 12 a 15) de la L.F.P.C.M., en el que las R.P.T. encuentran un régimen bastante más completo, siendo definidas por el art. 13.1 como «*el instrumento técnico a través del cual el Consejo de Gobierno racionaliza y ordena las plantillas del personal, determinando sus efectivos de*

⁵³ «En tanto se determine el procedimiento electoral general previsto en el artículo 39 del presente Estatuto, se mantendrán con carácter de normativa básica los siguientes artículos de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas: 13.2, 13.3, 13.4, 13.5, 13.6, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28 y 29».

⁵⁴ «Quedan derogadas con el alcance establecido en la disposición final cuarta las siguientes disposiciones: ... c) La Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas excepto su artículo 7 y con la excepción contemplada en la disposición transitoria quinta de este Estatuto». No nos encontramos ante una de las materias cuya vigencia difiera la D.F. Cuarta a la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del E.B.E.P.; si bien debe tenerse presente el necesario respeto al marco competencial, que obliga a interpretar y aplicar esta Ley básica en conjunto con el bloque normativo conformado por dichas Leyes (art. 6 y D.F. Segunda), sin perder de vista, a su vez, el orden de prelación de fuentes preceptuado en la propia L.C.C.C.M. Por lo demás, el art. 7 de la Ley 9/1987, que no queda derogado por el E.B.E.P., regula la constitución de las Juntas de Personal en las Administraciones Públicas atendiendo a criterios territoriales y materiales y al número de funcionarios censados en los distintos servicios y unidades.

acuerdo con las necesidades actuales de los servicios y precisando los requisitos exigidos para el desempeño de cada puesto, así como su valoración»⁵⁵. La aprobación de la relación de puestos de trabajo corresponde al Consejo de la Cámara (p.2º, concordante con el art. 25.j)).

El art. 40.2, p.1º establece que «Los puestos de trabajo dotados presupuestariamente que no puedan ser cubiertos con los efectivos de personal existentes en la Cámara de Cuentas constituirán su Oferta de Empleo Público». Éste es un instrumento regulado en el art. 70⁵⁶ del E.B.E.P., pero que aquí se ajustará del mismo modo a la legislación de la función pública de la Comunidad de Madrid, por remisión del p.3º del precepto, en particular, al Capítulo I del Título III (arts. 18 a 24) de la L.F.P.C.M.; el art. 18.2 aporta la descripción de su contenido preceptivo: «comprenderá todas las plazas, tanto de funcionarios como de personal laboral, referidas a la Administración de la Comunidad, de sus organismos autónomos y Órganos especiales de gestión, que se encuentren dotadas presupuestariamente y no hayan sido cubiertas por los procedimientos internos de provisión de puestos de trabajo que esta Ley establece, o por los correspondientes al personal laboral». Una vez aprobada la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, compete la aprobación de la correspondiente Oferta de Empleo Público de la Cámara de Cuentas, igualmente, al Consejo de la institución (arts. 25.k) y 40.2, p.2º de la L.C.C.C.M.); con ello, se hace acompañar el carácter anual de dicha Ley con el también anual de tal Oferta, siempre que así lo requieran las necesidades de personal de una Administración de tamaño reducido como es la propia de la Cámara.

Los preceptos que siguen, y con los que se cierra el Capítulo II del Título IV de la L.C.C.C.M., se refieren a aspectos para los que su art. 37.2 se remite expresamente a la legislación de la función pública de la Administración autonómica, y son reiterativos de normas ya analizadas. Así y según el art. 41, la convocatoria y resolución de los pro-

⁵⁵ Como contraste, el art. 74 del E.B.E.P., bajo la rúbrica Ordenación de los puestos de trabajo, proporciona, más que una definición, una descripción mucho más ajustada al carácter básico del precepto y de la Ley en que se integra, al disponer: «Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos». Se correspondería más con el contenido que, para el personal al servicio de la Comunidad de Madrid, obliga a incluir en las R.P.T. el art. 15 de la L.F.P.C.M.

⁵⁶ Su ap. 1 comienza señalando: «Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal...».

cedimientos de selección, y provisión de puestos de trabajo y extinción de la relación de servicios, corresponderá al Consejo, como ya dispone el art. 25.1) de la L.C.C.C.M.; y en lo que hace a las retribuciones del personal funcionario y eventual al servicio de la Cámara serán, ex art. 42, «en función de los Grupos de titulación y niveles de complementos de destino asignados a los puestos de trabajo, las mismas que correspondan a los funcionarios de la Administración de la Comunidad de Madrid», las cuales se encuentran reguladas por el Capítulo VIII (arts. 72 a 75) de la L.F.P.C.M., en el que se distingue entre retribuciones básicas y complementarias e indemnizaciones por razón del servicio, en consonancia, a grandes rasgos, con la estructura retributiva prevista en la legislación básica del Estado (arts. 22 a 28 del E.B.E.P.), la cual, no obstante, ha de ser objeto de desarrollo en los términos antes indicados.

Estos artículos de la L.C.C.C.M. han de completarse con su D.A. Cuarta, que tiene un carácter aparentemente transitorio pero que, con carácter general y vocación de estabilidad, excluye acaso la oposición y el concurso-oposición como procedimientos ordinarios de selección del personal al servicio de la Cámara. Según su p.1º, ésta podrá proveer sus puestos de trabajo «con personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, de otras Administraciones Públicas y del Tribunal de Cuentas, mediante los correspondientes procedimientos de concurso y libre designación», lo que implica consagrar un criterio muy abierto en cuanto a su posible procedencia —tanto como el dispuesto en el art. 31.3 para determinar la del Secretario General— al enunciar las Administraciones de entre cuyos funcionarios puede proceder, sin que en ninguno de los dos casos se incluya, al menos expresamente, a los órganos fiscalizadores de otras Comunidades Autónomas, a menos que se considere entre los mismos a las otras Administraciones Públicas que menciona el p.1º de esta D.A. Cuarta. Su p.2º añade: «Los funcionarios de la Comunidad de Madrid que ocupen, a través de los procedimientos referidos en el apartado anterior, un puesto de trabajo en la Cámara de Cuentas, quedarán en la Administración de la Comunidad de Madrid en la situación administrativa que corresponda de acuerdo con lo previsto en la legislación de la función pública», entendemos que la de la propia Comunidad⁵⁷.

Por fin, con una ubicación sistemática un tanto impropia, el art. 43 se ocupa de la función interventora, que se ejercerá por el Inter-

⁵⁷ Esta remisión expresa a la L.F.P.C.M. parece lógica a la vista de que se trata de personal funcionario de la Comunidad de Madrid, que, en principio, pensamos quedaría en situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad (art. 59.2.a)); y, si no les corresponde quedar en otra, en servicio activo (art. 58bis.1.e)).

ventor de la Cámara de Cuentas, «elegido y removido libremente por el Consejo entre funcionarios de carrera al servicio de la Cámara de Cuentas o de la Administración de la Comunidad de Madrid para cuyo ingreso se exija titulación superior». No parece muy ajustado al contenido y estructura de un Capítulo dedicado al régimen del personal de la Cámara que se incluya al final del mismo un precepto destinado a un cargo singular de la misma, el cual, dada la relevancia que quiere atribuírsele, acaso debería haber figurado al final del Título IV, a continuación del Secretario General de la Cámara. Por lo demás, el ámbito del que puede provenir resulta más restringido que el de éste, al no incluir a los funcionarios de la Administración General del Estado ni del Tribunal de Cuentas; y, aunque este art. 43 no lo establece expresamente, consideramos que le sería aplicable la norma según la cual la renovación del Consejo no implica necesariamente su cese, por la analogía que presenta esta sucinta regulación con la del art. 31.3, dedicado al nombramiento y cese del Secretario General.

1.4. Régimen jurídico-administrativo de la Cámara

Para completar todo lo anterior, finalizamos con unas últimas referencias al régimen jurídico-administrativo de la Cámara de Cuentas, el cual hemos tratado ya tangencialmente al analizar los procedimientos por los que la institución despliega su actividad *ad extra* y *ad intra*; aquí nos detendremos en algunas de las Disposiciones Adicionales y Transitorias, que se refieren a cuestiones propias de su carácter.

Así, en una norma nada original, la D.A. Quinta establece que «La Cámara de Cuentas, en el ámbito de sus funciones, y para el desarrollo de actuaciones específicas, podrá contratar con empresas o con personas físicas, de conformidad con lo previsto en la legislación vigente», formada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (L.C.S.P.)⁵⁸ y sus normas de desarrollo. Comporta ello, en definitiva, el reconocimiento implícito de la personalidad jurídico-pública de la Cámara y de sus posibilidades de actuación como ente con capacidad en el tráfico jurídico, al que le sería aplicable, según hemos ido desgranando, el Derecho administrativo general en lo relativo a su personal, procedimiento y contratación. Sólo cabe efectuar dos observaciones en cuanto a los contratos que celebre: la remisión final a

⁵⁸ Cuya D.A. Tercera señala lo siguiente, confirmándolo: «Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas».

la legislación vigente posibilita que los mismos sean de Derecho administrativo o jurídico-privados, de acuerdo con la distinción incorporada al art. 18 de la L.C.S.P.; y el inciso que acota la contratación al desarrollo de actuaciones específicas no implica, como cabría apreciar *a priori*, limitación de capacidad alguna, pues nada puede verse en ello que suponga una mayor restricción respecto del carácter determinado del objeto de los contratos (arts. 74 de la L.C.S.P. y 1.273 del Código Civil) y de la existencia de causa en los mismos (arts. 1.274 a 1.277 del C.Civ.), conforme a la dogmática clásica⁵⁹.

Pasando al régimen presupuestario de la Cámara, puede afirmarse que adolece de una deficiente dispersión en el articulado de la L.C.C.C.M. y aun en normas extrañas a ésta. En primer lugar, el art. 3.3 de la Ley asimila la Cámara a otros entes y órganos dotados de autonomía organizativa, al disponer: «La Cámara de Cuentas elaborará y aprobará anualmente el proyecto de su Presupuesto que se integrará en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid, constituyendo una sección específica y diferenciada, para su tramitación y, en su caso, aprobación por la Asamblea de Madrid». No podría ser de otro modo, dados, por una parte, los principios que rigen dichos Presupuestos —unidad, universalidad, especialidad, etc.—, a los que se incorporan los de la Cámara, una vez aprobados por el Consejo (art. 25.c)); y por otra, la autonomía organizativa que se predica de la propia Cámara, y que aquí se manifiesta en la plasmación de sus Presupuestos en una sección propia de los de la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, la D.T. Primera contenía una habilitación presupuestaria genérica para el ejercicio económico en que la Cámara se pusiera en funcionamiento, hoy obviamente carente de vigencia. Hasta la fecha, no se ha modificado la L.C.C.C.M. para que su régimen presupuestario estuviese recogido en ella de manera más sistemática, sino que el mismo se contiene de manera sucinta en la D.A. Décima de la Ley 1/2004, de 31 de mayo, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para ese año. Según su ap. 1, «La Cámara de Cuentas, sin perjuicio de sus peculiaridades como consecuencia de su autonomía organizativa y financiera y de lo que disponga su normativa específica, se adaptará al régimen económico-financiero regulado en

⁵⁹ Con todo, encontramos un enunciado más preciso de lo que acaso quiere presumirse con dicho principio de especialidad en el art. 22 de la L.C.S.P., que consagra el principio de necesidad e idoneidad de los contratos públicos: «Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

la Ley Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid», de manera que, en ausencia de mayor contenido normativo, habrá de esperarse a la aprobación del inédito Reglamento de Organización y Funcionamiento, integrado en dicha «normativa específica» para articular correctamente tal adaptación, la cual no empece la autonomía proclamada en el mismo precepto. Por lo demás, el ap. 2 de la Disposición Adicional parece claramente inspirado en el art. 91⁶⁰ del R.A.M.: «Las dotaciones presupuestarias de la Cámara de Cuentas se librarán en firme a nombre de la misma y semestralmente, de forma que el primer libramiento se realizará en la primera semana del ejercicio presupuestario y el segundo antes de la primera semana del segundo semestre».

2. CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES FINALES

- La organización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, entendiéndose por tal la configuración de sus órganos en sentido amplio, viene a simplificar la establecida en el Tribunal de Cuentas, adaptando a la institución fiscalizadora autonómica aquellos aspectos de su legislación que son más aptos e idóneos, y obviando aquéllos propios del órgano estatal que derivan de la jurisdicción contable de la que éste es titular y que ejerce basándose en principios constitucionales análogos a los vigentes para el Poder Judicial.
- Por lo demás, mientras que la regulación de las funciones de dichos órganos presenta, dentro de esa distinción, notables similitudes con el régimen del Tribunal de Cuentas, no ocurre ello en la misma medida en lo concerniente al estatuto jurídico de los Consejeros, donde se plantean interesantes problemas jurídicos, al menos en el plano teórico, tanto en lo relativo a su elección como en el régimen de incompatibilidades y prohibiciones que les es aplicable.
- La regulación de la administración de la Cámara abarca dos ámbitos bien diferenciados: por una parte, el relativo al personal, donde la pluralidad de fuentes normativas que determinan su régimen no coadyuva a la necesaria claridad y seguridad jurídica, a lo cual deben añadirse las singularidades propias de la legislación básica de nuevo cuño; y el propio del procedimiento, contratación y presupuesto, que no presenta particularidades de relieve.

⁶⁰ «Las dotaciones del Presupuesto de la Asamblea se librarán en firme, a nombre de la misma y semestralmente, de forma que el primer libramiento se realizará en la primera semana del ejercicio y el segundo en la primera semana del segundo semestre del mismo».

SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO Y MUJER N.º XX/XX, DE 14 DE MARZO, POR LA QUE SE PUSO FIN AL EXPEDIENTE SANCIONADOR XX/XX

Se ha remitido a este Servicio Jurídico solicitud de informe profesional de la Consejería de Empleo y Mujer n.º xx/xx, de 14 de marzo, por la que se puso fin al expediente sancionador xx/xx. A la vista de la referida consulta y de los antecedentes remitidos, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos, según la redacción otorgada por Ley 24/1999, de 27 de diciembre, deben exponerse con carácter previo los siguientes:

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

HECHOS

ÚNICO. Con carácter previo a la evacuación del presente informe se solicitó de la citada Dirección General, con fecha de 21 de octubre de 2008, la remisión de los siguientes antecedentes:

Oficio de petición de informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Notificaciones a los interesados de la petición del precitado informe, así como de la recepción del mismo por parte de la Dirección General de Trabajo.

Pues bien, con fecha de 31 de octubre de 2008, se ha recibido en este Servicio Jurídico la precitada documentación, si bien de forma incompleta, ya que falta tanto la justificación de la notificación de la petición de informe a la empresa «A», como la notificación de la resolución en la que se comunica a las dos empresas interesadas la fecha en la que el precitado informe tuvo entrada en el órgano encargado de resolver el expediente sancionador.

A los anteriores antecedentes fácticos son de aplicación los siguientes:

la Ley Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, de manera que, en ausencia de mayor contenido normativo, habrá de esperarse a la aprobación del referido Reglamento de Organización y Funcionamiento, integrada en dicho «normativo específico» para articular correctamente la adaptación, la cual no empaña la autonomía proclamada en el mismo precepto. Por lo demás, el ap. 3 de la Disposición Adicional parece claramente inspirado en el art. 91^o del R.A.M.: «Las dotaciones presupuestarias de la Cámara de Cuentas se librarán en firme a nombre de la misma y semestralmente, de forma que el primer libramiento se realizará en la primera semana del ejercicio presupuestario y el segundo antes de la primera semana del segundo semestre».

SELECCIÓN DE DICTÁMENES

2. CONCLUSIONES Y OBSERVACIONES FINALES

La organización de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid, entendiendo por tal la configuración de sus órganos en su estructura amplia, viene a simplificar la establecida en el Tribunal de Cuentas, adaptando a la institución fiscalizadora autonómica aquellos aspectos de su legislación que son más aptos e idóneos, y obteniendo aquellos propios del órgano estatal que derivan de la jurisdicción contable de la que éste es titular y que ejerce basándose en principios constitucionales análogos a los vigentes para el Poder Judicial.

Por lo demás, mientras que la regulación de las funciones de dichos órganos presenta, dentro de esa distinción, notables similitudes con el régimen del Tribunal de Cuentas, no ocurre ello en la misma medida en lo concerniente al estatuto jurídico de los Consejeros, donde se plantean interesantes problemas jurídicos, al menos en el plano teórico, tanto en lo relativo a su elección como en el régimen de incompatibilidades y prohibiciones que les es aplicable.

La regulación de la administración de la Cámara abarca dos ámbitos bien diferenciados: por una parte, el relativo al personal, donde la pluralidad de fuentes normativas que determinan su régimen no consigue a la necesaria claridad y seguridad jurídica, a lo cual deben añadirse las singularidades propias de la legislación básica de nuevo cuño; y el propio del procedimiento, contratación y presupuesto, que no presenta particularidades de relieve.

¹ Las dotaciones del presupuesto de la Asamblea se librarán en firme, a nombre de la misma y semestralmente, de forma que el primer libramiento se realizará en la primera semana del ejercicio y el segundo en la primera semana del segundo semestre del mismo.

SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA ORDEN DE LA CONSEJERÍA DE EMPLEO Y MUJER Nº XX/XX, DE 14 DE MARZO, POR LA QUE SE PUSO FIN AL EXPEDIENTE SANCIONADOR XX/XX

Se ha remitido a este Servicio Jurídico, solicitud de informe proveniente de la Dirección General de Trabajo en relación con **los efectos jurídicos del pronunciamiento de la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº xx/xx, de 14 de marzo, por la que se puso fin al expediente sancionador xx/xx**. A la vista de la referida consulta y de los antecedentes remitidos, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos, según la redacción otorgada por Ley 24/1999, de 27 de diciembre, deben exponerse con carácter previo los siguientes:

HECHOS

ÚNICO. Con carácter previo a la evacuación del presente informe se solicitó de la citada Dirección General, con fecha de 21 de octubre de 2008, la remisión de los siguientes antecedentes:

- Oficio de petición de informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- Notificaciones a los interesados de la petición del precitado informe, así como de la recepción del mismo por parte de la Dirección General de Trabajo.

Pues bien, con fecha de 31 de octubre de 2008, se ha recibido en este Servicio Jurídico la precitada documentación, si bien de forma incompleta, ya que falta tanto la justificación de la notificación de la petición de Informe a la empresa «A», como la notificación de la resolución en la que se comunica a las dos empresas interesadas la fecha en la que el precitado informe tuvo entrada en el órgano encargado de resolver el expediente sancionador.

A los anteriores antecedentes fácticos son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. Por lo que se refiere a la primera consulta planteada por la Dirección General de Trabajo con relación al «cómputo de los plazos del procedimiento administrativo sancionador a efectos de caducidad del mismo», deben realizarse los siguientes razonamientos:

I. En primer lugar, en la solicitud de informe se afirma que «*la Resolución del Director General, de 11 de noviembre de 2005, fue dictada dentro del plazo legalmente establecido*».

Sin embargo, a la vista de la documentación remitida a este Servicio Jurídico, quedaba acreditada que la fecha de incoación del Acta de Infracción era de 21 de abril de 2005; en su virtud, resultaba necesaria la petición de antecedentes que se relata en el Antecedente de Hecho Único del presente informe, a los efectos de verificar la correcta aplicación del artículo 18.3 del Reglamento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, en relación con el artículo 42.5, letra c), de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), que resulta aplicable a esta materia de acuerdo con lo previsto en su propia Disposición Adicional Séptima, en relación con el artículo 18.1 de la precitada norma reglamentaria.

Una vez analizados los documentos que tuvieron entrada en este Servicio Jurídico con fecha de 31 de octubre 2008, pueden realizarse las siguientes valoraciones:

a) En cuanto al carácter preceptivo del informe de la Inspección de Trabajo, si bien los escritos de alegaciones al Acta de Infracción de las empresas sancionadas tampoco constan en los antecedentes que acompañan a la solicitud del presente informe, basta realizar una simple lectura del informe de la Inspección de Trabajo para deducir que la empresa «B» alegó en su escrito de descargos «*hechos o circunstancias distintos a los consignados en el acta*», cumpliéndose así el presupuesto contenido en el precitado artículo 18.3 RD 928/1998, en relación con el artículo 42.5, letra c) LRJ-PAC: concretamente, en el informe de la Inspección se afirma lo siguiente: «... 2º. *En cuanto a las alegaciones de la empresa «B» es evidente que las redes estaban mal ancladas, ya que de otro modo hubieran impedido la caída del operario al vacío...*».

b) Por otro lado, en cuanto a la notificación a los interesados tanto de la petición de informe como de la recepción del mismo por parte del órgano encargado de resolver el expediente sancionador, mediante la documentación remitida a este Servicio Jurídico sólo se ha acreditado la notificación de la petición de informe a la empresa «B»; circunstancia esta que muy probablemente se deberá a un mero error material.

En cualquier caso, y aun partiendo este Servicio Jurídico de la hipótesis —no confirmada, debe insistirse— de que en el expediente administrativo consten acreditadas las precitadas notificaciones de petición y recepción, debe hacerse referencia, a efectos de indudable trascendencia práctica, al criterio jurisprudencial que ha adoptado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la materia y, por ende, la mayor parte de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid:

La Sección Tercera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia número 669/07, de 19 de octubre, ha reiterado la siguiente doctrina: «*TERCERO. Pues bien, la alegación actora con relación a la caducidad del procedimiento administrativo sancionador a que remite el caso que nos ocupa debe ser atendida según se razona a continuación, siguiendo el criterio mantenido reiteradamente por esta Sección Tercera respecto de supuestos análogos al enjuiciado (así, entre otras muchas, Sentencias núms. 494/04, 553/04, 887/04, 930/04, 1058/04, 1125/04, 1126/04, 1273/04, 1542/04, 1788/04, 1794/04, 1840/04, 1933/04, 126/05, 214/05, 310/05, 409/05, 427/05, 440/05, 720/05, 741/05, 989/05, 1003/05, 1222/05, 1403/05, 1408/05, 1293/05, 114/06, 395/06, 586/06, 557/07, y 98/07 —ésta última en apelación—). El artículo 20.3 del Real Decreto 928/1.998 de 14 de Mayo, del Reglamento General sobre procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, dispone que si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la fecha del acta, no computadas las interrupciones por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento prevista reglamentariamente, se iniciará el cómputo del plazo de treinta días establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1.992 sobre Procedimiento Administrativo Común, y transcurrido aquel plazo resultante de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado, certificación en que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones. Debe apuntarse que este último plazo formal de treinta días ha resultado suprimido como consecuencia de la modificación de la Ley 30/92 por la Ley 4/1.999 de 13 de Enero (nuevo artículo 44.2).*»

La Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de Noviembre de 2.001, correspondiente a recurso de casación en interés de Ley, fija como doctrina legal que «el cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el artículo 20.3 del Reglamento General para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1.998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de notificación de la resolución del procedimiento sancionador».

Pues bien, en el supuesto a que remite este enjuiciamiento resulta que datando el acta de inspección nº 2488/04 del 7.4.04, la resolución sancionadora (dictada el 2.11.04 por la Dirección General de Trabajo de la Comunidad de Madrid) se notificó efectivamente a «Recuperaciones Hermanos Baca, S.L.» el 16.11.04, esto es, una vez transcurrido, desde aquella fecha del acta, el plazo productor de la caducidad del expediente sancionador. Es de advertir que tal excesiva demora resolutoria no cabe imputarla a ninguna actuación impeditiva de la parte sancionada, sino exclusivamente a la propia Administración.

Debe señalarse que el artículo 20.3 del Real Decreto 928/98 solo permite excluir del cómputo de los seis meses para declarar caducado el expediente las interrupciones por causa imputables a los interesados o la suspensión del procedimiento a que se refiere el propio Reglamento Sancionador Social (conurrencia de sanciones en el orden jurisdiccional penal o iniciación de procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social), pero sin que la petición de informe ampliatorio al inspector actuante previsto en el artículo 18.3 de dicha normativa implique, como pretende la Administración demandada, la suspensión del procedimiento sancionador, sino un trámite más de éste a realizar dentro del plazo de los seis meses para su resolución. Así, el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1.992 (según modificación por Ley 4/1.999) solo permite que se suspenda el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, y el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998 establece el informe ampliatorio del Inspector o Subinspector que practicó el acta de infracción **con carácter potestativo a instancia del órgano que corresponda resolver** («podrá recabar informe ampliatorio que se emitirá en quince días»), que solo será preceptivo si en las alegaciones frente al acta se invocan por la parte interesada «hechos o circunstancias distintas a las consignadas en el acta, insuficiencia del relato fáctico de la misma, o indefensión por cualquier causa», y dicho informe valorará expresamente «las pruebas aportadas o que se hubieran practicado, las alegaciones producidas y

contendrá propuesta definitiva de resolución». En definitiva, para que el informe pueda ser considerado como preceptivo, con la importante consecuencia de poder suspender el plazo máximo de resolución del expediente, es ineludible que se dé alguna de las circunstancias previstas en el artículo 18.3 del Real Decreto 928/98 y **que así se haga constar por el órgano que corresponda resolver al solicitarlo**; dado que la regla general es que el informe sea potestativo, habrá que entender restrictivamente las circunstancias o hechos que obligan a solicitarlo de forma preceptiva, teniendo en cuenta los importantes efectos que produce sobre la interrupción del plazo máximo para dictar la resolución sancionadora.

En el caso que nos ocupa la Administración se limitó a solicitar informe al amparo del artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998 **pero sin mencionar motivo alguno para el mismo en orden a delimitar su carácter potestativo o preceptivo**, por lo que siendo el primero la regla general, debe concluirse que la solicitud de aquel informe no interrumpió el plazo máximo de resolución del procedimiento administrativo en cuestión, que procede así declarar caducado, lo que hace innecesario entrar a conocer del resto de las alegaciones actoras sobre la derivada resolución sancionadora.

En conclusión, y aunque el artículo 18.3 del Real Decreto 928/1998 ni ningún otro precepto normativo lo exijan expresamente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid considera que para que el informe solicitado a la Inspección pueda entenderse como preceptivo, con la importante consecuencia de poder suspender el plazo máximo de resolución del expediente (esto es, el plazo de CADUCIDAD), no sólo es ineludible que, a la vista del escrito de alegaciones al acta de infracción, se dé **materialmente** alguna de las circunstancias previstas en el artículo 18.3 del Real Decreto 928/98, sino que también es necesario que **formalmente** así se haga constar por el órgano que corresponda resolver al solicitarlo.

El criterio jurisprudencial expuesto es de singular importancia práctica —como se ha indicado—, a efectos de una ulterior impugnación en vía contencioso-administrativa, ya que la cuestión aún no ha sido resuelta por el Tribunal Supremo.

Pues bien, resulta que en el supuesto objeto de consulta, tal y como consta en el oficio de la Jefa de Sección de Sanciones de fecha 16 de junio de 2005, sólo se hizo constar que se solicitaba informe preceptivo **pero no cuál de las circunstancias previstas en el artículo 18.3 del Real Decreto 928/98 lo justificaban**; además, al final del precitado oficio se ruega que el informe sea emitido «**en el plazo máximo de quince días**», lo cual podría llevar a contradicción sobre si

el informe que se estaba solicitando realmente por el órgano era el preceptivo o el potestativo, que según el artículo 18.3 «*ab initio*» del Real Decreto 928/98 se ha de emitir en el precitado plazo de quince días.

En conclusión, este Servicio Jurídico coincide con la apreciación de la Dirección General de Trabajo —siempre que, debe insistirse, consten debidamente acreditadas en el expediente las notificaciones a las empresas interesadas de petición y recepción de informe por la Dirección General de Trabajo—, y acudiendo a un criterio estrictamente material en la interpretación de los artículos 18.3 RD 928/1998 Y 42.5, letra c) LRJ-PAC, **considera que la Resolución del Director General, de 11 de noviembre de 2005 fue dictada en plazo.**

No obstante lo anterior, y aun en el caso de que mediante la retroacción de actuaciones la precitada resolución pudiera devenir firme en vía administrativa —**posibilidad que tampoco puede verificarse ya en plazo, como se va a razonar a continuación**—, debe advertirse que, desde un punto de vista práctico, la sanción tendría muy escasas posibilidades de ser confirmada en vía jurisdiccional en caso de ser recurrida por cualquiera de las empresas (se dice escasas, y no nulas, porque por razón de la cuantía el asunto corresponde a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y eventualmente podría conocer del mismo alguno de los pocos Juzgados que se aparta del criterio seguido del Tribunal Superior de Justicia en esta materia), en atención a los razonamientos que se han expuesto anteriormente (no debe olvidarse que en el escrito de recurso de alzada de la empresa «A» ya se invoca la caducidad del expediente sancionador; motivo de impugnación que obviamente mantendría la mercantil en vía contencioso-administrativa).

II. En segundo lugar, de conformidad con la parte dispositiva de la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº xx/xx, de 14 de marzo, se revoca la Resolución del Director General, de 11 de noviembre de 2005, por la que se impone a los recurrentes de forma solidaria una multa por la comisión de una infracción en materia de Prevención de Riesgos Laborales, procediendo retrotraer el procedimiento al momento de dictar, en el caso de que proceda, la correspondiente resolución sancionadora.

Una vez analizados los fundamentos de derecho de la precitada Orden, se observa que se ha apreciado la aplicación del artículo 63.2 LRJ-PAC, en relación con el artículo 113.2 del mismo cuerpo legal. Es decir, que donde la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer xx/xx dice «*revocar*» debe entenderse «*estimar parcialmente*», ya que se trataba de un procedimiento administrativo de recurso de alzada y el re-

currente solicitaba la nulidad de pleno derecho ex artículo 62 LRJ-PAC (de ahí que lo procedente hubiera sido la estimación parcial, y no total, porque lo que aprecia el órgano que resuelve el recurso administrativo es la concurrencia de un vicio de anulabilidad ex artículo 63.2 LRJ-PAC).

En cuanto al cómputo de los plazos para efectuar la retroacción de actuaciones a efectos de caducidad, la Jurisprudencia ya se ha pronunciado de manera reiterada:

En la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 2005 (RJ 2005\6712), que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, se señala lo siguiente: «... *La anulación en vía administrativa o jurisdiccional de la resolución que pone fin al procedimiento (en este caso de revocación de la subvención), en el supuesto de retroacción de actuaciones, constituye el acto de reinicio del procedimiento que ya había sido concluido y con ello del plazo de CADUCIDAD aplicable al mismo...*».

En la misma línea, **en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006\9087)** se afirma lo siguiente: «... *Pues ciertamente, como mantiene el Abogado del Estado, no puede computarse el plazo de caducidad de seis meses desde 25 de enero de 2001 (fecha de notificación de la resolución de 10 de enero del mismo año), puesto que contra ella se interpuso recurso en vía administrativa que fue estimado en 7 de mayo, ordenándose la retroacción de actuaciones. Pero ello lo que implica es que desde esa fecha del acto de 7 de mayo o desde su notificación se inicia un nuevo expediente respecto al que hay que computar el plazo de CADUCIDAD...*».

En conclusión, mediante la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº 789/08, de 14 de marzo, por la que se acordó la retroacción de las actuaciones (por aplicación del artículo 63.2 LRJ-PAC, en relación con el artículo 113.2 del mismo cuerpo legal) se iniciaría un nuevo plazo de 6 meses para que la Dirección General de Trabajo notificara a la empresa «B» la resolución sancionadora debidamente subsanada; **plazo que habría finalizado el día 14 de septiembre de 2008.**

SEGUNDA. En cuanto a la posible extensión de los efectos de la anulación de la Resolución del Director General, de 11 de noviembre de 2005, a la empresa «A», deben realizarse las siguientes valoraciones:

– En primer lugar, el hecho de que la precitada empresa y la mercantil «B» tengan un régimen de responsabilidad solidaria en orden al cumplimiento de la normativa en materia de prevención

riesgos laborales no implica necesariamente la NO conservación de trámites procedimentales en los casos en que se acuerde la retroacción actuaciones, sino que habrá que analizar si la anulación del acto de que se trate produce efectos jurídicos en el precitado régimen de responsabilidad solidaria.

- Por otro lado, el artículo 66 LRJ-PAC establece lo siguiente: «*El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción*».
- En su virtud, desde un punto de vista procedimental, resulta evidente que tanto la Resolución del Director General, de 11 de noviembre de 2005, notificada a la empresa «A», como el recurso de alzada formulado por la misma, se hubieran mantenido exactamente igual aunque no se hubiera cometido la infracción que sí contenía la resolución sancionadora notificada a la mercantil «B»; exactamente la misma consideración cabe realizar respecto a su régimen de responsabilidad solidaria en orden al cumplimiento de la normativa en materia de prevención riesgos laborales, es decir, aunque no se hubiera cometido la precitada infracción invocada en el recurso de alzada de la empresa «B», el precitado régimen no habría sufrido ningún tipo de modificación para la mercantil «A».
- En virtud de todo lo expuesto, este Servicio Jurídico considera que si se hubiera estado todavía en plazo para retrotraer el expediente sancionador al momento relativo al dictado de la resolución sancionadora de la Dirección General de Trabajo, y posterior notificación a la entidad «B», no habría sido necesario volver a notificar tal resolución a la mercantil «A». No obstante, como se ha concluido en la Consideración Jurídica Primera, como consecuencia del instituto de la **CADUCIDAD**, la Dirección General de Trabajo está fuera de plazo para retrotraer las actuaciones.

TERCERA. Finalmente, por lo que se refiere a la última consulta planteada por la Dirección General de Trabajo relativa a la prescripción, sus plazos y las posibles interrupciones de los mismos, deben realizarse los siguientes razonamientos:

I. El artículo 132.2 LRJ-PAC dispone lo siguiente: «2. El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable».

Luego, de conformidad con lo establecido en el precepto, resulta incontrovertible que el plazo de prescripción de la infracción, que se cometió el día 26 de enero de 2005 (fecha del accidente de trabajo), ha quedado interrumpido desde la notificación a las empresas interesadas del Acta de infracción de Seguridad y Salud Laboral nº 1942/05, de 21 de abril, hasta que se les ha notificado la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº 789/08, de 14 de marzo (según se informa desde la Subdirección General de Recursos y Régimen Jurídico, a «B» el día 4 de abril de 2008; y a «A» el día 6 de mayo de 2008).

II. Por otro lado, el artículo 92.3 LRJ-PAC establece lo siguiente: «3. *La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción*».

En su virtud la previsión contenida en el inciso final del precepto anterior hay que ponerla necesariamente en relación con los razonamientos apuntados en la Consideración Jurídica Primera *«in fine»*, ya que lo que resulta claro es que desde las precitadas fechas de notificación de la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº 789/08, de 14 de marzo, **ha empezado a correr de nuevo el plazo de prescripción de la infracción y, en ningún caso, el mismo se va a interrumpir por la resolución que eventualmente dicte la Dirección General de Trabajo al retrotraer las actuaciones** porque dicha resolución debería haberse notificado- como ya se ha razonado- no más tarde del 14 de septiembre de 2008 y, en su virtud, deberá declarar entre otros pronunciamientos la caducidad del nuevo expediente sancionador que, de conformidad con el meritado artículo 92.3 LRJ-PAC *«in fine»*, no podría haber interrumpido el plazo de prescripción.

III. Finalmente, debe advertirse que, obviamente, en tanto no trascurra el nuevo plazo de prescripción de tres años (artículo 4.3 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), a contar desde las precitadas fechas de notificación de la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº 789/08, de 14 de marzo, **podrá incoarse un nuevo procedimiento sancionador mediante levantamiento de nueva acta de infracción**, ya que el artículo 7.5 RD 928/1998 establece lo siguiente: «5. *La caducidad declarada de un expediente ad-*

ministrativo sancionador, no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, y mediante la práctica de nueva acta de infracción».

En virtud de lo anterior, este Servicio Jurídico somete a la consideración de V.I. las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. En la resolución que finalmente se dicte por la Dirección General de Trabajo en cumplimiento de lo dispuesto por la Orden de la Consejería de Empleo y Mujer nº xx/xx, de 14 de marzo, deberá declararse la caducidad del expediente sancionador, si bien en los fundamentos de derecho se deberá invocar la Jurisprudencia a la que se ha hecho referencia en la Consideración Jurídica Primera para que no haya duda de que dicha declaración se refiere al **nuevo procedimiento sancionador** que se considera incoado con motivo de la retroacción de actuaciones.

SEGUNDA. Sin perjuicio de lo anterior, y por aplicación del **artículo 7.5 RD 928/1998**, se resolverá igualmente que la anterior declaración de caducidad no impedirá la incoación de un ulterior expediente sancionador con identidad de sujeto, hechos y fundamentos, mientras la infracción denunciada no haya prescrito, **y mediante la práctica de nueva acta de infracción.**

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. Manuel Izquierdo Arines.

SOBRE CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE EL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL Y LA UNIVERSIDAD X PARA LA REALIZACIÓN DE UN ESTUDIO CONJUNTO SOBRE «XXX»

Se ha recibido en esta Dirección General procedente del Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid el borrador de un Sobre Convenio de colaboración entre dicho Consejo y la Universidad X para la realización de un estudio conjunto sobre «XXX».

Examinados los antecedentes recibidos esta Dirección General emite el siguiente:

INFORME

El presente convenio plantea el problema de su adecuación a la nueva regulación que la LCSP efectúa en cuanto a la exención de la aplicación de la legislación de contratos de los convenios interadministrativos. Las dificultades derivan de que en la anterior regulación tras el RDL 5/2005 excluía de la aplicación de la normativa de contratos los convenios interadministrativos siempre que la materia sobre la que versasen no fuera objeto de un contrato de obras, suministro, consultoría y asistencia o de servicios o que, siendo objeto de tales contratos, su importe fuera inferior a los umbrales comunitarios.

La LCSP en su Art. 4.1 c) excluye de su ámbito de aplicación los convenios interadministrativos «...salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley».

Dicho texto difiere de lo que recogía, con un criterio más práctico, el proyecto de ley que únicamente excluía de la aplicación aquellos contratos «...que por su naturaleza y cuantía, tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada».

Esta regulación era más sensata en cuanto cumplía las exigencias de las directivas comunitarias pero permitía los convenios interadministrativos en los supuestos no afectados por el derecho comunitario (contratos de cuantía inferior a los citados umbrales y contrato de gestión de servicios públicos).

El problema surge por cuanto la enmienda nº 152 del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso (BOCG 29-3-2007, nº 95-22, Pág. 228) introdujo la redacción final con la justificación de «Limitar el alcance de la excepción, con el fin de evitar una huida del derecho de los contratos por la vía de un uso indebido de los convenios».

Surge así una nueva complicación ante lo que es el deseo del legislador de reducir el ámbito de los convenios y la frecuente utilización por la gestión de esta fórmula. Evidentemente ya no es posible acudir para justificar estos convenios la no sujeción a las directivas comunitarias ya que esa era la intención del proyecto de ley.

El problema de la nueva ley estriba en determinar que se entiende por «naturaleza del contrato». Una interpretación finalista del precepto nos lleva a entender que en definitiva se refiere a los contratos que han de regirse por la normas de contratación pública.

En este sentido no se diferenciaría esencialmente de lo que persigue el apartado d) del precepto referido a las personas jurídico privadas. Habida cuenta que la redacción del precepto persigue, según la enmienda, evitar que por medio de los convenios se puedan eludir las normas sobre contratación pública, es de lógica entender que, puesto que se persigue la misma finalidad para las personas jurídico-públicas que para las personas jurídico-privadas, el alcance de la exclusión de los convenios ha de ser sustancialmente igual.

La expresión «naturaleza del contrato» ha sido empleada en la legislación de contratos administrativos como sinónimo de clase de contrato en función de su objeto (así Arts. 75.4, 78.2, 99.4, D.A. 11ª LCSP) y función económico-social del mismo.

Señala Díez Picazo (Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo I Introducción-Teoría del Contrato, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 405) a propósito de la interpretación del Art. 1286 CC que «La expresión «naturaleza del contrato» no es común en el lenguaje del Código Civil, aunque aparece empleada en el art.1258 («según su naturaleza»). En nuestra opinión, con tal idea el Código alude al tipo genérico al que el contrato concreto pertenece, que puede ser un tipo legal (p.ej., compraventa, arrendamiento) o un tipo con vigencia social (p.ej., cambio de solar por obra o leasing)».

En suma, ni los particulares ni los entes públicos pueden acudir a la técnica de los convenios para eludir la aplicación de las normas de contratación pública pero sí para articular mecanismos de cooperación que no se pueden articular mediante contrato, por ejemplo un convenio para conceder una subvención o un convenio entre administración en el que una encomiende a otra la realización de actos que impliquen ejercicio de autoridad (Art. 277 LCSP).

Si acudimos al contenido del convenio que se informa vemos cómo su objeto es la realización de un estudio científico por parte de la Universidad X. El Consejo Económico y Social financia su elaboración y asume funciones de dirección del trabajo (típicas de todo contrato administrativo). La participación del Consejo en la elaboración del estudio prevista en la cláusula 3ª no se desarrolla en el convenio.

Por todo ello nos encontramos ante un convenio que tiene la naturaleza de un contrato de servicios (Art. 10 LCSP) por lo que no es viable la vía convencional para su elaboración, debiéndose acudir a los mecanismos de contratación de la LCSP.

Este informe se emite de conformidad con lo establecido en el Art. 4.1 b) de la Ley 3/1999 de 30 de marzo de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Es cuanto tiene el honor de informar, no obstante V.I. resolverá.

Este informe ha sido elaborado por el Letrado de la Comunidad de Madrid, D. Carlos Yáñez Díaz.

La expresión «naturaleza del contrato» ha sido empleada en la legislación de contratos administrativos como sinónimo de clase de contrato en función de su objeto (art. 75.4, 78.2, 99.4, D.A. 11ª LCSP) y función económico-social del mismo.

Señala Díez Picazo (Fundamentos del derecho civil patrimonial, Tomo I Introducción Teoría del Contrato, 3ª edición, Civitas, Madrid, 1996, pág. 405) a propósito de la interpretación del Art. 1256 CC que «La expresión «naturaleza del contrato» no es común en el lenguaje del Código Civil, aunque aparece empleada en el art. 1258 (según su naturaleza). En nuestra opinión, con tal idea el Código alude al tipo genérico al que el contrato concreto pertenece, que puede ser un tipo legal (p.ej. compraventa, arrendamiento) o un tipo con vigencia social (p.ej. cambio de solar por obra o leasing)».

En suma, ni los particulares ni los entes públicos pueden acudir a la técnica de los convenios para eludir la aplicación de las normas de contratación pública pero sí para articular mecanismos de cooperación que no se pueden articular mediante contrato, por ejemplo un convenio para conceder una subvención o un convenio entre administración en el que una encomienda a otra la realización de actos que impliquen ejercicio de autoridad (Art. 177 LCSP).

| Nº LEY | FECHA | FECHA BOCM | ASUNTO |
|--------|------------|------------|--|
| 1/2009 | 15/06/2009 | 23/06/2009 | PARA LA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN PERMANENTE NO LEGISLATIVA PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD. |
| 2/2009 | 23/06/2009 | 23/06/2009 | POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 4/2003, DE 11 DE MARZO, DE CAJAS DE |

LEYES Y DECRETOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE 2009

LEYES Y DECRETOS
DE LA COMUNIDAD DE MADRID
PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE
2009

| Nº LEY | FECHA | FECHA BOCM | ASUNTO |
|--------|------------|------------|---|
| 1/2009 | 15/06/2009 | 22/06/2009 | PARA LA CREACIÓN DE UNA COMISIÓN PERMANENTE NO LEGISLATIVA PARA LAS POLÍTICAS INTEGRALES DE LA DISCAPACIDAD |
| 2/2009 | 23/06/2009 | 24/06/2009 | POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 4/2003, DE 11 DE MARZO, DE CAJAS DE AHORROS DE LA COMUNIDAD DE MADRID |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|--|--|---|
| 9/2009 | 05/02/2009 | 10/03/2009 | MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO | SE APRUEBA EL PLAN RECTOR DE USO Y GESTIÓN DEL PARQUE REGIONAL EN TORNO A LOS EJES DE LOS CURSOS BAJOS DE LOS RÍOS MANZANARES Y JARAMA |
| 10/2009 | 12/02/2009 | 13/02/2009 Derogada por Decreto 42/2009, de 30 de abril | VICEPRESI. Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO | SE CREA LA CONSEJERÍA DE CULTURA, DEPORTE Y TURISMO |
| 12/2009 | 26/02/2009 | 09/03/2009 Corrección errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN PLANTA QUÍMICA |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|---|------------|--|
| 13/2009 | 26/02/2009 | 09/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN FARMACIA Y PARAFARMACIA |
| 14/2009 | 26/02/2009 | 09/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN SOLDADURA Y CALDEDERÍA |
| 15/2009 | 26/02/2009 | 10/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN CARROCERÍA |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|--|------------|---|
| 16/2009 | 26/02/2009 | 10/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN SERVICIOS DE RESTAURACIÓN |
| 17/2009 | 26/02/2009 | 10/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN INSTALACIONES ELÉCTRICAS Y AUTOMÁTICAS |
| 18/2009 | 26/02/2009 | 11/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN QUÍMICA INDUSTRIAL |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|--|------------|--|
| 19/2009 | 26/02/2009 | 11/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN CONSTRUCCIONES METÁLICAS |
| 20/2009 | 26/02/2009 | 11/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN VITIVINICULTURA |
| 21/2009 | 26/02/2009 | 12/03/2009 Corrección de errores 23/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN PROGRAMACIÓN DE LA PRODUCCIÓN EN FABRICACIÓN MECÁNICA |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|---|--|---|
| 24/2009 | 18/03/2009 | 25/03/2009 | ECONOMÍA Y HACIENDA | SE ADAPTAN LAS INTERVENCIONES DELEGADAS AL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LAS CONSEJERÍAS DE LA COMUNIDAD DE MADRID |
| 25/2009 | 18/03/2009 | 30/03/2009 | ECONOMÍA Y HACIENDA | SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA |
| 26/2009 | 26/03/2009 | 14/04/2009 Corrección de errores 24/04/2009 | MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO | SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE, VIVIENDA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO |
| 27/2009 | 26/03/2009 | 27/04/2009 | VICEPRESID. Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO | SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA VICEPRESIDENCIA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD DE MADRID |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|---|----------------------------|--|
| 28/2009 | 26/03/2009 | 27/03/2009 | CULTURA, DEPORTE Y TURISMO | SE ESTABLECE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA CONSEJERÍA DE CULTURA, DEPORTE Y TURISMO |
| 29/2009 | 26/03/2009 | 27/03/2009 Corrección de errores 13/04/2009 | ECONOMÍA Y HACIENDA | SE MODIFICA LA NATURALEZA, DENOMINACIÓN Y COMPETENCIAS DEL INSTITUTO MADRILEÑO DEL DEPORTE, EL ESPARCIMIENTO Y LA RECREACIÓN (IMDER) |
| 33/2009 | 02/04/2009 | 20/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN CONFECCIÓN Y MODA |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|------------|------------|--|
| 34/2009 | 02/04/2009 | 20/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DE CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN SISTEMAS MICROINFORMÁT. Y REDES |
| 35/2009 | 02/04/2009 | 20/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DE CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES TÉRMICAS Y DE FLUIDOS |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|------------|---------------------------------------|---|
| 36/2009 | 02/04/2009 | 20/04/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN PATRONAJE Y MODA |
| 42/2009 | 30/04/2009 | 01/05/2009 | VICEPRESID. Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO | SE MODIFICA LA DENOMINACIÓN Y COMPETENCIAS DE LA VICEPRESIDENCIA Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO Y DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA |
| 50/2009 | 07/05/2009 | 22/05/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN GESTIÓN DE ALOJAMIENTOS TURÍSTICOS |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|------------|------------|---|
| 51/2009 | 07/05/2009 | 22/05/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN AUDIOLOGÍA PROTÉSICA |
| 52/2009 | 07/05/2009 | 22/05/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO SUPERIOR EN AUTOMOCIÓN |
| 53/2009 | 07/05/2009 | 22/05/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN ACEITES DE OLIVA Y VINOS |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|------------|------------|---|
| 54/2009 | 07/05/2009 | 22/05/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECE PARA LA COMUNIDAD DE MADRID EL CURRÍCULO DEL CICLO FORMATIVO DE GRADO MEDIO CORRESPONDIENTE AL TÍTULO DE TÉCNICO EN EMERGENCIAS SANITARIAS |
| 57/2009 | 02/05/2009 | 03/06/2009 | EDUCACIÓN | SE ESTABLECEN PARA LA COMUNIDAD DE MADRID LOS CURRÍCULOS Y LA PRUEBA DE ACCESO CORRESPOND. A LAS ENSEÑANZAS DEPORTIVAS DE RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MODALIDAD DE BALONCESTO, ASÍ COMO LOS REQUISITOS MÍNIMOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS CENTROS DOCENTES EN QUE SE IMPARTAN |

| N.º DECRETO | FECHA | FECHA BOCM | CONSEJERÍA | ASUNTO |
|-------------|------------|------------|--|---|
| 59/2009 | 04/06/2009 | 18/06/2009 | VICEPRESID., CONSEJERÍA DE CULTURA Y DEPORTE Y PORTAVOCÍA DEL GOBIERNO | SE ADAPTA EL DECRETO 121/2005, DE 17 DE NOVIEMBRE POR EL SE CREÓ LA COMISIÓN REGIONAL PARA LA APLICACIÓN DEL UNO POR CIENTO CULTURAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID |

